UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE L'ADMISSION

DE

LA PREUVE TESTIMONIALE

d'après les articles 1341 à 1348 du Code civil

Thèse pour le Doctorat

PAR

PAUL BELLISSEN

AVOCAT AU BARREAU DE MARSEILLE

MARSEILLE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE BARLATIER

19, Rue Venture, 19

1901

DE L'ADMISSION

DE

LA PREUVE TESTIMONIALE

d'après les articles 1341 à 1348 du Code civil

A MON PÈRE, A MA MÈRE

JURY DE LA THÈSE :

MM. LACOSTE, *président.*

FERRON.

LÉVY.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE L'ADMISSION

DE

LA PREUVE TESTIMONIALE

d'après les articles 1341 à 1348 du Code civil

Thèse pour le Doctorat

PAR

PAUL BELLISSEN

AVOCAT AU BARREAU DE MARSEILLE

ACAD. LEGIS. MARSEILLE

MARSEILLE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE BARLATIER

19, Rue Venture, 19

1901

DE L'ADMISSION

DE

LA PREUVE TESTIMONIALE

d'après les Articles 1341 à 1348 du Code Civil

INTRODUCTION HISTORIQUE

I

PREUVE TESTIMONIALE DANS LE DROIT ANTIQUE ET LE DROIT ROMAIN

« La preuve testimoniale est la plus simple de toutes et serait la meilleure si les hommes étaient incapables de se tromper et de trahir la vérité », dit Guyot dans son répertoire de jurisprudence (1).

A raison de sa simplicité, la preuve testimoniale, a dû être la preuve la plus usitée dans les civilisations primitives. C'est principalement à ce mode d'information que font allusion les monuments les plus anciens.

(1) V° Preuve par témoins, p. 572.

Dans la Rome antique, la preuve testimoniale a été la seule employée. Les plus anciens textes qui nous soient parvenus visent ce seul mode de preuve. La loi des XII Tables déclare *improbus intestabilisque* celui qui refuse de fournir son témoignage (1).

Ce qu'il y a de remarquable dans l'évolution de la preuve romaine, c'est que, dans la suite des siècles, la preuve par témoins a toujours conservé le premier rang, malgré les perfectionnements de la civilisation et les progrès du droit.

Est-ce à dire que les Romains n'envisageaient pas le témoignage d'autrui avec la même défiance que notre législateur ? Les consciences étaient-elles plus pures et les mœurs plus honnêtes ?

On pourrait répondre, tout d'abord, que Rome, et spécialement la Rome de l'Empire, ne nous apparaît pas, sous la plume même de ses écrivains, comme un foyer de moralité : « Penses-tu, dit Aulu-Gelle, que si l'on précipitait, comme autrefois, le faux témoin du haut de la Roche Tarpéienne, nous verrions autant d'hommes mentir devant la justice » (2).

A l'époque impériale des classes entières d'hommes, les *Diobolates capite censi,* se voyaient refuser toute créance dans leurs témoignages *quia ob paupertatem fames magis quàm fama commovere videtur.*

Mais nous trouvons une raison qui, dès l'origine, a réduit au minimum les inconvénients de la preuve testimoniale à Rome.

Je veux parler de l'élément formel imposé par le légis-

(1) Voir Table 8 § 22.
(2) Aulu-Gelle. Noct. Att. XX. 1.

lateur romain à toutes les opérations juridiques importantes : naissance et extinction des obligations, création et transfert des droits réels.

Grâce à ce formalisme, les témoins fixeront plus aisément leur attention sur les opérations auxquelles ils assistent, « ils se rappelleront mieux une formalité concrète que la conclusion d'un débat souvent long et confus » (1).

Et même, dans la plus ancienne forme de contrat, dans le *nexum*, qui remonte, peut-être, à une époque antérieure à la fondation de Rome, le législateur n'a pas seulement subordonné l'existence du contrat à l'accomplissement des cérémonies *per œs et libram* ; il a imposé la présence de cinq témoins, astreignant ainsi les contractants à se munir d'avance de la preuve des conventions passées entre eux ; et pour sanctionner son exigence, la loi en a fait une condition indispensable à la naissance de l'obligation. Cette sévérité s'explique facilement : le contrat de *nexum* avait un résultat très grave : celui de former entre les mains du créancier un titre exécutoire sans jugement et conférant la *manus injectio* (2). Aussi l'avait-on entouré de garanties suffisantes pour prévenir toute difficulté sur la preuve de son existence.

Avec le progrès de la civilisation romaine et l'essor des transactions qui en fut la suite, les opérations compliquées du *nexum* cédèrent la place à diverses formes de contracter plus simples, quoique toujours empreintes de formalisme. Elles existaient, peut-être, concurremment avec le *nexum*, mais c'est seulement du jour où il disparut de la

(1) Girard, Manuel de D. Romain, p. 418.
(2) Opinion généralement admise aujourd'hui. Girard, p. 470, notes 1 et 2.

pratique à raison de la suppression de sa force exécutoire (1), que ces modes d'obligation prirent de l'extension.

Devant le nombre croissant des transactions, la loi se relâcha forcément de sa rigueur ; elle cessa d'imposer aux parties l'obligation de se munir de témoins en nombre déterminé, au moment où elles passent le contrat.

Dans la stipulation qui joue, désormais, le rôle du *nexum*, les paroles solennelles sont encore requises ; mais les témoins ne doivent plus assister obligatoirement à l'acte juridique. En fait, ils seront présents le plus souvent, puisque la preuve testimoniale est encore la seule pratiquée, mais leur nombre n'est plus légalement fixé : ils sont là pour faire ultérieurement la preuve, mais ils ne remplissent plus un office sacramentel dans le contrat.

Bientôt même, on se dispensa de convoquer des témoins à la stipulation. Il était bien plus commode de rédiger un écrit pour prouver, en cas de besoin, qu'elle avait eu lieu. Déjà Cicéron compte la stipulation parmi les actes écrits (2). A l'époque de Sévère, l'interrogation et la réponse orales disparaissent de la pratique : la stipulation résulte simplement d'un acte écrit *entre présents*. Comme le dit très justement M. Girard, « cette exigence survivait à sa cause » (3).

Il fallait bien que la stipulation fût une institution profondément ancrée dans les mœurs romaines, pour que Justinien ait cru devoir maintenir, tout en l'atténuant, la nécessité de la présence des parties. Ce dernier vestige du caractère verbal de la stipulation n'avait plus qu'une

(1) Loi Pœtelia, de la première moitié du v[e] siècle.
(2) Cicéron, Top. 25, 96, cité par Girard loc. cit. p. 472, note 3.
(3) Girard, loc. cit. p. 473.

raison d'être purement historique. Il est vrai qu'en faisant cette concession aux traditions, Justinien rendit l'exigence bien facile à observer : en présence d'un écrit daté et portant la mention du lieu du contrat, tout sera présumé s'être passé régulièrement y compris l'antique formalité de l'interrogation et de la réponse que l'on mentionne bien, mais à laquelle on ne procède plus. Si le défendeur entend contredire les déclarations portées dans l'écrit, il devra prouver, non seulement qu'il ne s'est pas entretenu avec le demandeur au jour indiqué, mais encore que ce dernier a passé ce jour-là tout entier hors du territoire désigné dans l'écrit. Les modes de preuve pouvant servir à établir ce fait, sont la preuve écrite et la preuve testimoniale ; cette dernière est, alors, soumise à des garanties spéciales et doit être fournie par des témoins au-dessus de tout soupçon, « *liquidis ac manifestissimis probationibus et meliùs quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos* (1). »

Concurremment avec le contrat *verbis*, fonctionna, à Rome, le contrat *litteris*. Nous n'avons pas à examiner ici une forme de contrat où le témoignage oral est suppléé par la *transcription* opérée sur le *Codex* du créancier. La preuve testimoniale a, pourtant, même dans ce cas, un rôle important.

Dans l'opinion généralement admise, le contrat *litteris* se forme, on le sait, par une seule inscription sur le registre du créancier. La mention correspondante sur le registre du débiteur n'est pas indispensable ; Gaius dit, en effet, à propos du contrat *verbis*, « *in nominibus, alius expensum ferendo obliget, alius obligetur* (2). » Le créan-

(1) Code L. VIII, T. XXXVIII, L. 14, De Contrah. et committ. stip.
(2) Gaii Comm. 3 n° 137.

cier oblige le débiteur en portant un *expensum* sur son *codex*, mais il n'est pas question d'un *acceptum* relatif au même objet sur le registre du débiteur.

Cela ne veut pas dire que celui-ci n'ait pas intérêt à à faire une mention de l'opération sur ses livres, et qu'il ne la fasse jamais. Le créancier aura avantage, de son côté, à l'exiger de son débiteur : toute difficulté pouvant s'élever au point de vue du consentement des parties ou du montant de la créance sera facilement solutionnée, si le débiteur a régulièrement tenu son *codex* et y a fait figurer l'opération.

S'il a négligé de le faire, alors apparaîtra l'utilité de la preuve testimoniale pour le demandeur. Il fera entendre des témoins qui viendront déclarer que l'inscription sur son codex a reçu l'approbation du débiteur. Dans la pratique, on avait soin de faire comparaître des témoins au moment de l'inscription sur les livres du créancier, ou bien encore, on priait des tiers d'insérer la mention de l'opération dans leurs propres livres.

Sous Justinien, on ne retrouve plus le contrat *litteris*. S'il est fait quelque part allusion à un contrat de ce genre (1), on admet unanimement aujourd'hui que Justinien a fait une confusion de mots entre la formation du contrat et sa preuve. En rédigeant ce texte, l'empereur a simplement voulu modifier les conditions d'exercice de la *querela non numeratae pecuniae* (2) : or, celle-ci suppose un contrat quelconque, *mutuum* ou stipulation, ayant pour objet une somme d'argent. Ce contrat est habituellement constaté par écrit, et c'est cet écrit, destiné seulement à

(1) Institutes L. III. T. 21 De litterarum obligatione.
(2) Il en réduit le délai d'exercice à 5 ans.

faire preuve, dans lequel on a cru voir un contrat *litteris* d'une espèce nouvelle.

Quelques mots sur la *querela non numeratae pecuniae* seront à leur place dans une étude sur la preuve testimoniale. Elle est une anomalie dans l'enchaînement si logique du Droit romain. Elle déplace, en effet, le fardeau de la preuve et détruit la valeur probante d'un écrit régulièrement dressé, en obligeant le créancier en faveur de qui il a été souscrit à établir par des preuves indépendantes la vérité de son contenu.

Inspirée par le désir de mettre un frein à l'usure, cette innovation a-t-elle atteint le but poursuivi? Il serait hasardeux de l'affirmer. Entre le prêteur de mauvaise foi et l'emprunteur besogneux, la partie n'est pas égale. Celui-ci sera presque toujours obligé de passer par les fourches caudines du premier. Sous le régime de l'*exception de dol*, on se plaignait que le débiteur ne pût presque jamais faire la preuve de la non numération des deniers, le prêteur ayant soin d'écarter tout témoin, lors du contrat. Avec la *querela non numeratae pecuniae*, on est en droit de supposer que l'usurier saura prendre également ses précautions. Sur la simple dénégation du défendeur, on sait qu'il devra prouver le versement effectif des deniers : hé bien! il imposera à l'emprunteur la présence de témoins de son choix, à l'exclusion de tous autres ; ces témoins complaisants pourront, sans risque d'être contredits, affirmer la numération des deniers.

Il y a peu à dire sur la preuve testimoniale en matière de contrats *re* et *consensu*.

Elle est, à l'origine, la seule usitée pour établir, dans les contrats réels, la remise de la chose, dans les contrats consensuels, le simple accord des volontés.

La rédaction d'un écrit s'établit peu à peu dans la pratique, au point de devenir un usage courant. Les *syngraphæ* (écrits rédigés en double) et les *chirographa* (écrits portant seulement la signature du débiteur), remplacent la preuve testimoniale. Ces écrits, d'abord à l'usage des pérégrins qui ne pouvaient pratiquer le contrat *litteris*, s'implantèrent chez les citoyens romains eux-mêmes : ils y trouvaient l'avantage de se ménager une preuve certaine, au lieu de courir les chances de témoignages incomplets ou peu sincères.

Enfin, au Bas-Empire, les parties prirent l'habitude de faire rédiger leurs actes par des officiers publics inférieurs dits *Tabelliones* que nous voyons mentionnés pour la première fois dans un texte d'Ulpien (1).

La preuve du *paiement*, à l'exemple de celle des obligations a été, d'abord, exclusivement orale, puis écrite. Si l'on recourt à la preuve testimoniale, on doit présenter des témoins ayant assisté au paiement ou ayant entendu le créancier déclarer qu'il a été payé.

Quant à la preuve écrite, « on suit le développement de ce genre de preuve qui a conduit, des anciens actes impersonnels rédigés par le créancier et ne constituant guère que de simples mémorandums de la preuve testimoniale, aux actes émanant du débiteur et faisant foi contre lui et qui sont de véritables quittances au sens moderne » (2).

Ce dernier type d'actes est le seul qui survive à l'époque de Justinien. Il a, en principe, la même valeur probante que le témoignage verbal, sauf dans l'hypothèse de la

(1) Digeste Loi 9 § 4 de pœnis XLVIII, 19.
(2) Girard loc. cit. p. 669.

querela non numeratæ pecuniæ où l'écrit a besoin d'être confirmé par témoins.

Après avoir passé en revue les divers modes d'obligation dans leurs relations avec la preuve testimoniale, il reste à examiner une question controversée :

La preuve écrite et la preuve testimoniale, étaient, nous venons de le dire, indifféremment admises à Rome (1). C'est tout à fait exceptionnellement que la preuve écrite est imposée. On en trouve un exemple remarquabte en matière d'ingénuité : « *soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt* (2) ».

Mais que va-t-il se passer lorsque les deux preuves entreront en conflit ? En présence d'un écrit, l'adversaire pourra-t-il offrir la preuve testimoniale contraire ?

— Un texte du Code (3) semble établir, sans conteste, la négative : « *Contrà scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur.* »

S'il était authentique, ce texte trancherait la controverse. Mais, comme il ne porte ni date ni nom d'auteur, et comme, d'autre part, il a été retrouvé dans *les Basiliques* par Cujas qui l'attribue à Caracalla, on peut se demander s'il n'est pas l'œuvre d'un prince postérieur à Justinien et s'il n'a pas été inséré ultérieurement dans le Code.

Un autre texte fort intéressant sur la matière est tiré des sentences de Paul (V. 15 § 4) : « *Testes, quum de fide tabularum nihil dicitur, adversùs scripturam interrogari non possunt.* »

La *fides tabularum* dont parle le jurisconsulte, c'est la véracité de l'écrit, ce terme visant à la fois la rédaction

(1) Code De Fide Instrumentorum, l. 15, IV. 21.
(2) Code de Testibus l. 2, IV. 20.
(3) Code de Testibus l. I, IV. 20.

matérielle et les déclarations contenues dans l'acte (1). Lorsque le défendeur, reconnaissant que l'acte n'est point l'œuvre d'un faussaire et ne contient aucune inexactitude ni aucun mensonge, allèguera seulement un fait juridique qui lui enlève sa force, dans ce cas seulement, *quum de fide tabularum nihil dicitur*, la preuve par témoins sera rejetée. Si, au contraire, l'acte est taxé de faux matériel ou si l'on argue de son défaut d'exactitude, la preuve testimoniale pourra servir à établir cette prétention.

La loi 18 (Code, de Testibus) est une confirmation de cette interprétation : Justinien, dans ce texte, impose la preuve par cinq témoins *idonei* du paiement d'une obligation constatée par écrit. Il se montre plus tolérant que le jurisconsulte dans sa décision, puisqu'il autorise, sous des conditions rigoureuses, la preuve par témoins du paiement de l'obligation constatée par écrit, alors que Paul la proscrivait absolument. Mais tous deux admettent la preuve testimoniale quand il s'agit de la *fides tabularum*.

Justinien va même plus loin : en matière de vérification d'écritures, il donne la préférence à la preuve par témoins sur la comparaison des écritures.

« *Si vero tale aliquid contigerit quale in Armeniâ factum est, ut aliud quidem faciat collatio litterarum, aliud vero testimonia, tunc nos quidem existimavimus ea quæ vivâ dicuntur voce et cum jure jurando : hœc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere* » (2).

Que ce texte ait trait à la vérification d'écritures des actes sous seing privé, cela n'est pas douteux, quand on lit

(1) Voir dans ce sens Accarias, Précis de D. Romain, 4e édit. 1891, t. II. nº 476 a, p. 753.

(2) Novelle, 73, ch. 3.

l'intitulé du Titre II sous lequel il est donné : « *De collationibus manus propriæ scripturæ.* »

Pour éviter la contradiction entre l'examen des écritures et les dépositions des témoins, fait qui s'était, paraît-il, produit en Arménie, Justinien décide que l'on pourra recourir seulement à ce dernier mode de preuve, pour établir que l'acte émane bien de celui à qui on l'attribue.

Cette disposition est, du reste, la conséquence de celle énoncée dans un chapitre précédent de la même novelle (1).

Dans ce texte, Justinien impose à celui qui fait un dépôt, non seulement l'obligation de rédiger un écrit, mais aussi celle d'appeler trois témoins à la rédaction de l'acte : « *advocet etiam testes ut possibile est honestos et fide dignos et non minus tribus* ». Ces témoins viendront déclarer que la partie a signé l'acte en leur présence. Ce texte, rédigé pour le dépôt, paraît devoir s'appliquer à tous les actes écrits ; le titre du chapitre parle, en effet, de la foi due aux actes en général : « *De instrumentorum cautelâ et fide.* »

Les actes écrits ne tirent, désormais, leur force que de la preuve testimoniale. Cela est vrai même pour les actes reçus par les *Tabelliones* : quand l'acte était produit en justice, le tabellion devait être appelé pour reconnaître son écriture et la signature des contractants ; s'il était mort, on appelait les autres témoins (2). Seuls les actes insinués en présence du juge ou du gardien des archives

(1) Novelle, 73, ch. I.
(2) Voir Toullier, D. Civ. vol. V, 1re partie, p. 4.

et des parties contractantes, faisaient foi comme nos actes authentiques ; l'écrit sous-seing privé non vérifié par des témoins ne valait que par l'aveu du signataire. Un système analogue régit encore de nos jours la preuve par écrit en Angleterre et aux Etats-Unis (1).

(1) Voir plus loin, 2e partie, Dr. comparé.

II

PREUVE TESTIMONIALE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Section Première

Période antérieure aux ordonnances

Il est impossible de suivre pas à pas la législation des obligations et de leur preuve, depuis le Droit romain jusqu'aux Ordonnances des XVI^e^ et XVII^e^ siècles.

Nous ne trouvons plus l'unité juridique correspondant à l'unité politique d'un empire fortement constitué comme l'Empire Romain. Durant des siècles, se produira un travail de fusion d'où sortira une législation hybride issue du Droit romain en décadence et du Droit germanique apporté par les Barbares.

Ainsi que le fait très justement observer M. Viollet (1), le formalisme a toujours été la première étape de la formation des contrats. Pour en assurer la preuve qui aurait présenté d'insurmontables difficultés chez des peuples incultes, le législateur avait un moyen dont il usa : imposer à la formation de la convention un cérémonial propre à frapper l'esprit des assistants, revêtir l'accord des volontés d'un caractère matériel qui en détermine les éléments et en précise l'époque : Tel est

(1) P. Viollet. Histoire du Dr. Français, éd. 1886. Liv. I., p. 509.

le formalisme romain ; inflexible dans la Rome des premiers siècles , il s'est adouci progressivement lorsque la preuve écrite , pénétrant dans les mœurs, apporta un moyen aussi sûr et plus simple de constater la naissance et l'extinction des obligations.

Nous venons de voir que la stipulation existait encore sous Justinien, nominalement du moins, puisque la seule mention qui en est faite dans l'écrit en suppose l'accomplissement. On la retrouve telle quelle chez les Gallo-Romains. Mais le formalisme à son déclin va recevoir une vigueur nouvelle sous l'influence du formalisme germanique. Le contrat germain par *fides facta* s'est implanté aux côtés de la stipulation romaine, avec ses formes variables suivant les régions : remise d'un fétu, d'un bâton , d'un gant , poignée de mains ou paumée , etc. (1). La stipulation et la *festucca* se rencontrèrent et se fondirent l'une dans l'autre : « Etrange destinée de la stipulation romaine : on dirait d'un vieillard courbé sous le poids des ans et revenu, parmi les petits qui se pressent à ses pieds, aux années lointaines de son enfance (2) ».

La combinaison de ces deux législations fortifia donc l'exigence d'une forme déterminée pour la validité des contrats. Pour la même raison, la preuve testimoniale continua d'être libre : la garantie du formalisme en contrebalançait les inconvénients et nul besoin de la restreindre ne se faisait encore sentir.

Mais, au XIII^e^ siècle, une nouvelle tendance se fait jour. Sous l'influence de l'Eglise, les Canonistes accordent la

(1) Voir Esmein, Nouvelle Revue Historique, 1882, p. 64.
(2) P. Viollet, loc. cit., p. 518.

force exécutoire aux simples conventions dépouillées de toutes formes, à ces *pacta nuda* que le législateur romain avait refusé de sanctionner (1). Au xve siècle, cette règle est solidement établie dans le droit civil ; mais les inconvénients en apparaîtront si grands, que, moins d'un siècle plus tard, on songera à leur élever une barrière. Nous entrerons alors dans l'ère des ordonnances restrictives de la preuve par témoins, d'où est sortie la législation actuelle sur la matière.

Dans cette période qui s'étend du xiiie siècle à l'ordonnance de Moulins de 1566, les contrats se forment par le simple consentement des parties. « Convenance vaint loi, dit Beaumanoir, exceptées les convenances qui sont fetes par mauveses causes. » (2).

La preuve testimoniale est admise sans restriction, concurremment avec la preuve écrite : « Cil qui les convenances reçoivent les prenent aucune fois par devant gens qui leur puissent tesmoignier ; et aucune fois cil qui ont les convenances s'obligent à tenir les par letres ». (3).

On a, d'ailleurs, fréquemment recours à la preuve par écrit sous-seing privé. Mais seuls, les gentilshommes peuvent en user, car une condition de la validité de l'écrit est l'apposition du sceau de la partie. Les « hons de poosté » ou « sujets », qui n'ont point de sceau, doivent recourir à l'acte authentique passé devant le bailli : « La vente ou li eschange ou les detes ou les convenances qui sont faites entre persones qui n'ont point de seel, ou il ont seaus mes il leur plest mieux a prendre letre de baillie

(1) Décrétales de Grégoire IX. I. 35 ; 1, 3.
(2) Coutumes de Clermont en Beauvoisis. Edition Salmon, 1900. T. II, p. 2.
(3) C. de Clermont, loc. cit., p. 42.

pour ce qu'ele est plus seure et plus isnelement mise a execucion, doivent venir par devant le baillif » (1). L'acte passé par *lettre de baillie* est une sorte d'acte authentique auquel les parties recouraient souvent pour la sûreté de leurs conventions, alors même qu'elles pouvaient contracter sous leur sceau privé.

Dans le conflit entre la preuve écrite et la preuve orale, quelle est celle qui l'emporte ? C'est la preuve orale. Les jurisconsultes de cette époque sont très affirmatifs : C'est d'abord *Jehan Boutillier*, vers la fin du XIVe siècle, qui s'exprime ainsi : « S'il advient qu'en jugement, une partie se veuille aider de lettres en preuves et l'autre partie se veuille aider de temoignage singulier, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres si les témoins sont contraires aux lettres. » (2)

Loisel, à la fin du XVIe siècle, à la veille de l'ordonnance de Moulins, formule encore plus énergiquement cette règle dans un de ses brocarts : « Témoins passent lettres. » (3).

La suprématie de la preuve testimoniale n'est, pourtant, pas universellement admise : Beaumanoir se prononce en sens contraire. Cite-t-il une coutume du Beauvoisis communément appliquée ou énonce-t-il une opinion personnelle ? Il est difficile de s'en rendre compte.

Il n'est pas invraisemblable que Beaumanoir ait, une fois de plus, glissé parmi les coutumes, une appréciation personnelle qui lui paraissait plus juste.

(1) C. de Clermont, loc. cit., p. 56-57.

(2) Boutillier ajoute, il est vrai qu'en matière de rentes annuelles, qui sont à cette époque les créances les plus importantes, « lettres sont plus à croire que vive voix de témoins si on ne propose fausseté contre lesdites lettres. » C'est une exception qui confirme la règle. V. Somme rural, titre CVI.

(3) Institutes coutumières de M. Loisel, Ed. Laurière, t. II, l. V, t. V, n° 5.

Quoi qu'il en soit, la preuve testimoniale, d'après lui, ne peut modifier le contenu d'un acte écrit ; elle n'est autorisée, à son encontre, que pour établir trois sortes de faits : l'extinction de l'obligation par le paiement, la concession d'un terme ou, enfin, la fausseté de l'écrit. Voici en quels termes s'exprime Beaumanoir : « Ne n'en est cil contre qui ele (la preuve littérale) parle oïs de riens qu'il die contre la lettre, s'il n'allègue paiement ou respit (1). » Et plus loin : « Se la prueve est par letres ou par chartres, il la puet debouter par dire resons par quoi elle ne vaut pas : si comme s'il veut accuser celui qui l'aporte en prueve, de fausseté (2) ».

Au sujet de l'accusation de « fausseté » portée contre un écrit sous seing privé, une question s'élève : Fallait-il, à l'époque de Beaumanoir, faire nécessairement comparaître des témoins à l'acte, ainsi que cela se passe encore aujourd'hui dans le droit anglais ? Beaumanoir répond catégoriquement que non. Un ancien usage voulait, dit-il, qu'on inscrivît sur l'acte les noms des témoins qu'on y convoquait. Au temps de Beaumanoir, cet usage, paraît-il, n'existait à peu près plus : « Mes cel usages queurt mes en poi de lieus ; et s'il queurt en aucuns lieus si est il périlleux (3) ».

Pourquoi cette coutume est-elle périlleuse ? — En voici la raison : les « lettres » font foi par elles-mêmes, par la seule apposition du sceau des contractants. Supposons, néanmoins, que les parties aient cru devoir faire comparaître des témoins à l'acte et que l'une d'elles produise

(1) C. de Clermont loc. cit., p. 45, 46.
(2) C. de Clermont loc. cit., p, 104.
(3) C. de Clermont loc. cit., p. 119.

l'écrit à l'occasion d'un procès. Une double hypothèse peut alors se présenter : ou bien les témoins sont morts ; dans ce cas on se passe d'eux et l'on a, seulement, pris une peine inutile en les appelant Ou bien ils sont vivants, alors le danger apparaît : « Se li tesmoing sont vif et il sont appele pour tesmoignier la teneur de la letre et il tesmoignent le contraire ou ils tesmoignent qu'ils n'i furent pas, en tels cas puevent estres les letres anienties, tout fust ce qu'eles vousissent s'il n'i eust dedens contenu nul tesmoing. »

Il est bien plus rationnel, pour éviter une pareille éventualité, de ne pas faire comparaître de témoins : « Et pour cel péril eschiver ne doit on pas metre les noms des tesmoins es letres puisqu'eles ne valent par eles meismes pleine prueve se l'en ne les déboute de fausseté de seel non creable (1) ».

Il est question, à plusieurs reprises, de la preuve par témoins, dans les *Etablissements de Saint-Louis.* Mais on n'y trouve aucune disposition originale tranchant sur l'ensemble du Droit coutumier, rien de comparable à l'œuvre de Beaumanoir.

Au livre Ier § III, figure la reproduction de l'ordonnance de saint Louis sur les duels judiciaires, prescrivant de leur substituer la preuve par témoins et la preuve écrite : « Nous deffandons les batailles par tout notre domaine, en toutes quereles... et en leu de batailles, nos mettons prueves de tesmoin et de chartres. » (2).

Le texte est muet sur la valeur comparative de ces deux derniers modes de preuve. Mais nous sommes fixés à ce

(1) C. de Clermont loc. cit., p. 119.
(2) Etablissements de Saint-Louis. Edit. P. Viollet. T. II, p. 8 et 9.

sujet par la « Coutume orléanoise » qui forme le livre deuxième des Etablissements. Au § XII (1), sous le titre « De apeler home de murtre et de traïson », l'auteur nous donne les renseignements suivants : Dans le cas de plainte à raison de coups et blessures, la victime peut, en dehors de la peine criminelle infligée au coupable, demander réparation du dommage corporel qui lui a été causé et de l'incapacité de travail qui en est résultée. L'instance étant liée devant le juge, si le défendeur nie, le demandeur peut établir ses prétentions par témoins, « car tesmoings si ont ausin grant force comme chartres et instrumants en plait selon le droit escrit au Code de *Fide instrumentorum*..... où il est traitié de cette matière. »

Il est juste d'observer que cette opinion est considérée par les commentateurs comme une note personnelle de l'auteur, insérée par lui dans la coutume.

Mais, si le texte original des Etablissements de Saint-Louis ne fournit aucun document particulièrement intéressant sur la preuve testimoniale, il n'en est pas de même de la compilation dite « Abrégé Champenois des Etablissements » qui a résumé ces derniers en les modifiant, et en leur adjoignant une ordonnance de Philippe le Hardi.

Le Chapitre premier des Etablissements y est rapporté dans le § III et sous le titre suivant « De l'ordre de Plait a l'uz de Champaigne » (2). On y trouve l'exposé d'une doctrine à peu près inconnue au moyen-âge, et dont il n'est pas fait mention dans l'œuvre primitive : celle qui

(1) Et. Saint-Louis, loc. cit., T. II, p. 359.
(2) Et. de Saint-Louis. T. III, p. 14 et s.

soumet l'admission de la preuve par témoins à l'estimation de l'intérêt en litige ; doctrine qui fait, aujourd'hui, la base du système français de la preuve : « Et se il avenait, dit le texte, que cil a qui l'an demande meist au ni ce que l'an li demandera, li demanderres provera par tesmoinz jusqu'à LX. S. ou par lestres. »

Les 60 sous dont il est parlé sont supérieurs en valeur relative aux 100 livres des ordonnances et, à plus forte raison, aux 150 francs du Code civil. On peut en juger par ce fait qu'au XIIIe siècle, le « Roncin de service » ou cheval de guerre tout harnaché est estimé 60 sous (1).

La valeur du litige entre, encore, en considération pour l'administration de la preuve. En effet, d'après le même texte, les témoins doivent être « receü en appert jusqu'à XX S. et don surplus jusqu'à LX S., seront li tesmoing receü chascuns par soi et au secré (2). » On estime, ajoute M. Viollet, que, jusqu'à 20 sous, le témoin gardera facilement son indépendance, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la garantie de l'enquête secrète.

Ce système d'admission de la preuve testimoniale rapporté par le rédacteur de l'Abrégé Champenois, bien que d'une application exceptionnelle au Moyen-âge, apparaît, cependant, dans deux autres coutumes : Vers la fin du XIIe siècle, ou au commencement du XIIIe, les *Statuts d'Arles* avaient établi pour la recevabilité de la preuve par témoins, la limite de 100 sous (3). Un peu plus tard, à Bordeaux, on excluait la même preuve dans les

(1) Jostice et plet, p. 239, cité par P. Viollet, loc. cit.

(2) Et. de St-Louis loc. cit. T. III, p. 144, n° 1.

(3) Statuts d'Arles, art. 157 rapporté dans Giraud, Essai sur l'Histoire du Dr. Français, T. II, p. 237.

contestations mettant en jeu un intérêt supérieur à 50 livres (1).

En résumé, si l'on met de côté l'opinion de Beaumanoir, la Coutume Champenoise, les Coutumes d'Arles et de Bordeaux, du XIIIe au XVIe siècle, la preuve testimoniale est admise sans restriction. Elle peut même combattre avantageusement la preuve écrite, lorsqu'elle entre en conflit avec elle.

Quant à la force probante des actes sous-seing privé, il semble qu'en dépit de Beaumanoir, la règle du droit romain continue à s'appliquer : comme à Rome, ces actes ne font pas foi par eux-mêmes, mais, seulement, si les témoins qui y ont comparu viennent reconnaître leur signature et affirmer leur présence à la rédaction (2).

Avant la rédaction des Coutumes, la preuve par témoins joue un rôle d'une nature toute différente et non moins important.

Antérieurement au XIVe siècle, nous ne connaissons aucune rédaction officielle des Coutumes. Et jusqu'au XVe siècle, bien courte est la liste de celles qui ont été rédigées : celles d'Artois, d'Anjou, de Poitou, de Berry. Même à partir de cette époque, le vaste projet conçu par Charles VII en 1454, de mettre par écrit « les coustumes, usages, et stiles de tous pays du royaume » fut d'une exécution bien lente.

Quand les juges se trouvaient en face d'une coutume non écrite, alléguée par l'une des parties et déniée par l'autre, ils devaient, pour trancher le débat, recourir à la preuve par témoins.

(1) Anc. Coutume de Bordeaux, art. 165, V. Coutumes du ressort du Parlement de Guienne, T. I, 1768. p. 96,

(2) Toullier, Dr. Civ., vol. IV, 2e partie, p. 195, n° 210.

Des controverses s'élevèrent relativement au nombre des témoins nécessaires pour prouver l'existence d'une coutume.

On s'accordait, généralement pour reconnaître que deux témoins suffisaient, par argument de la loi *Ubi Numerus (l. 12 Dig. de Testibus)*. Mais la discussion n'avait qu'un intérêt purement théorique, car le procédé usuellement employé en France pour établir l'existence de la Coutume, exigeait, de toutes façons, un nombre de témoins bien supérieur à deux : nous voulons parler de l'enquête par « Tourbes ». D'après Messire Jean des Mares, conseiller au Parlement en 1372, et avocat général sous les règnes de Charles V et Charles VII, la preuve devait être rapportée, à peine de nullité par « dix sages coustumiers en tourbe (1). »

Sous Louis XII, on assimile chaque « tourbe » à un seul témoin ; et par analogie avec la vieille règle tirée du Digeste et exigeant deux témoins, on décide que les Coutumes devront être prouvées par deux tourbes représentant chacune dix témoins : « Coutume se doit vérifier par deux Tourbes et chacune d'icelles par dix témoins », dit Loisel.

L'enquête par tourbes, déjà interdite pour l'interprétation des coutumes écrites, fut définitivement abolie par l'art. I du Titre XIII de l'ordonnance de 1667.

(1) Jean des Mares, décision 275, citée dans les notes sur les Inst. coutumières de Loisel. Ed. Laurière, T. II, p. 247.

Section Deuxième

Période des Ordonnances

C'est du midi de la France qu'émana la proposition d'introduire dans nôtre pays des restrictions à l'admission de la preuve testimoniale.

Le Parlement de Toulouse envoya des députés auprès de Charles IX, alors aux Etats de Moulins, pour solliciter de lui une disposition imposant la rédaction d'un contrat pour toutes choses excédant la valeur de 100 livres. Cette requête ne faisait qu'exprimer un sentiment général de défiance à l'égard de la preuve par témoins, sentiment dont on retrouve l'écho dans Loisel : « Fol est qui se met en enqueste, dit-il, car le plus souvent, qui mieux abreuve, mieux preuve » (1). L'appel fut entendu et la mesure demandée fut insérée dans l'art. 54 de « l'ordonnance sur la réforme de Justice » rendue à Moulins en février 1566, et enregistrée au Parlement le 23 juillet suivant (2).

L'intitulé de l'ordonnance indique bien qu'elle était provoquée par des réclamations pressantes « Charles... etc..., comme pour pourvoir aux plaintes et doléances à nous faites par nos sujets en divers lieux au voyage qu'avons continué depuis deux ans par les provinces de notre Royaume... »

(1) Loisel, Inst. Coutum. t. II, l. V, tit. V, p. 238.

(2) Voir : Recueil des lois Françaises, par Jourdan, Decrusy et Isambert t. XIV, p. 189.

L'article 54 décide : « que dorénavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres pour une fois payées, seront passés contrats par devant notaires et témoins par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve des dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu au dit contrat ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant icelui lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les conventions particulières et autres qui seraient faites par parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées ».

C'était une révolution dans des habitudes séculaires : aussi, la loi nouvelle souleva-t-elle, d'abord, l'indignation des jurisconsultes. Boiceau la juge sévèrement dans son commentaire de l'art. 54 de l'ordonnance : « *Quum prima nata et promulgata fuit hœc Caroli IX regia sanctio, plerique visa est et dura et odiosa et juri contraria.* » Il est vrai qu'un revirement se produisit bientôt, devant les excellents résultats de la nouvelle législation ; à tel point que Boiceau condamna sa première appréciation en approuvant l'opinion du Parlement de Paris sur l'art. 54 : « *nulla toto hoc sœculo constitutio ac lex regia sanctior ac probatior visa fuit amplissimo nostro Galliæ Senatui* ».

La disposition de l'ordonnance de Moulins fut reprise par les archiducs de Flandre, qui en formèrent, avec quelques modifications, l'art. 19 de l'édit du 11 Juillet 1611, dit « Edit Perpétuel », où on lit ceci : « Avons ordonné et ordonnons que, toutes choses dont nos sujets voudront traiter ou disposer, excédant la valeur de 300 livres artois une fois, soit par ordonnance de dernière volonté, donations, contrats de mariage, venditions ou autres contrats quelconques, fût de chose réelle ou pécu-

niaire, de la valeur que dessus, ils aient à le faire par écrit, soit de leurs signatures ou par-devant notaires et témoins ou autres personnes publiques qui en dépêcheront les instruments en forme lesquels seuls serviront de toute preuve ès dites matières, sans que les juges pourront recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu d'iceux. »

L'édit des Flandres semble avoir interprété les mots « *seront passés contrat* » de l'ordonnance de 1566 dans le même sens que les commentateurs contemporains de cette ordonnance : ceux-ci décidaient que la nouvelle disposition était seulement applicable à la preuve des *contrats* ; les faits juridiques, tels que le paiement, ne constituant pas un contrat, pouvaient donc être prouvés par témoins, même au-dessus de cent livres.

Pour l'ordonnance, comme pour l'édit, des conflits s'élevèrent sur leur application territoriale, à raison même de la défiance avec laquelle ils furent accueillis.

L'Edit Perpétuel souleva dans la province du Hainaut une fameuse controverse longuement discutée par les auteurs des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles (1). Les chartes du Hainaut avaient été homologuées par les archiducs Albert et Isabelle en 1619, c'est-à-dire postérieurement à la promulgation de l'Edit perpétuel. Or, ces chartes admettaient expressément la preuve testimoniale en certains cas spécifiés : contrats de mariage, promesses de garantie ou d'indemnité. Certains auteurs en concluaient que l'Edit perpétuel ne s'appliquait pas au Hainaut, bien qu'il fît partie des Pays-Bas. La controverse était, cependant,

(1) Voir à ce sujet Guyot, répertoire de jurisprudence, v. preuve, t. XIII, p. 572 et s.

généralement tranchée dans le sens de l'application de l'Edit, « une loi particulière ne pouvant détruire une loi universelle. »

Une difficulté analogue naquit au sujet de la coutume de Normandie. Elle imposait la preuve écrite pour tous les contrats ayant pour objet des immeubles, sans distinction de valeur pécuniaire. On prétendait, par argument *a contrario*, que la preuve testimoniale devait être admise dans tous les autres cas, quelle que fût la valeur de l'objet litigieux. De ce que la coutume était plus sévère que l'ordonnance sur un point, il était pourtant inadmissible de conclure que celle-ci ne devait pas s'appliquer. Pothier et Guyot partageaient cette manière de voir.

Un autre monument législatif antérieur au Code civil qui s'occupe de la preuve testimoniale est l'ordonnance rendue par Louis XIV à Saint-Germain-en-Laye, en avril 1667.

Elle avait pour titre : « Ordonnance Civile touchant la réformation de la justice ».

Elle resta en vigueur jusqu'à la promulgation du Code de Procédure, bien que, par un vote platonique du 24 août 1790, l'Assemblée Constituante eût déclaré que les Lois de Procédure « seraient incessamment réformées. » Quant aux dispositions de l'ordonnance de 1667 visant la preuve testimoniale, le Code civil se les est appropriées à peu près textuellement.

Elles sont contenues dans les articles 2, 3, 4, 5 et 6 du Titre XX de l'ordonnance, sous le titre suivant : « Des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale. »

Il est bon de mettre le texte de l'article 2 en parallèle

avec celui des articles 54 de l'ordonnance de 1566 et 19 de l'Edit perpétuel de 1611.

« Art. 2. — Seront passés actes par devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant lors ou depuis les actes, encore qn'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de 100 livres, sans toutefois rien innover en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. »

A la simple inspection des textes, il est aisé de constater que les principes sont les mêmes. L'ordonnance de 1667, produit d'une civilisation plus parfaite, est plus explicite dans ses termes et plus complète dans ses dispositions.

Elle a tranché quelques difficultés que l'ordonnance de 1566 avait fait naître : notamment le mot « acte » est substitué au mot « contrat », afin de parer à l'interprétation restrictive que les commentateurs du XVI^e^ siècle donnaient à l'expression « il sera passé contrat ». — L'ordonnance de Moulins avait laissé dans le doute l'admission de la preuve testimoniale en matière de dépôt volontaire : l'ordonnance de 1667 soumet ce contrat à la règle commune par une disposition formelle (art. 2). Nous reviendrons sur ce point dans l'examen du Code civil : il serait, d'ailleurs, sans intérêt d'étudier en détail les textes de l'ordonnance de 1667 : on va les retrouver à peu près sans modification dans le Code civil.

PREMIÈRE PARTIE

CODE CIVIL

COUP D'ŒIL GÉNÉRAL SUR LA MATIÈRE

La preuve par témoins est régie, dans notre Code, par un double principe.

Il est formulé comme il suit par l'art. 1341 :

« Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. »

Cette disposition soumet l'admission de la preuve par témoins à deux sortes de restrictions : interdiction de prouver par témoins les « choses » dont la valeur dépasse 150 francs ; impossibilité de faire la même preuve contre

et outre le contenu des actes, alors même qu'il s'agirait de choses d'une valeur inférieure à 150 francs.

Ainsi, le droit français a fidèlement suivi la tradition restrictive de la preuve testimoniale inaugurée par l'ordonnance de Moulins. Le législateur a eu, par deux fois, en 1667 et en 1804, l'occasion de peser la valeur de ces dispositions, lorsqu'elles sont revenues devant lui. S'il les a maintenues, c'est donc qu'il a cru avoir de bonnes raisons pour le faire.

Quel motif a guidé les rédacteurs du Code civil ?

La corruption des témoins et la multiplication des petits procès sont les deux inconvénients que peut entraîner la liberté complète accordée aux plaideurs de prouver par témoins leurs prétentions.

Il est à remarquer que l'ordonnance de Moulins signale seulement le dernier : « Pour obvier à la multiplication de faits que l'on a vus ci-devant être mis en avant en jugement, sujets à preuves de témoins et reproches d'iceux dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès. »

Quant à l'ordonnance de 1667, elle est encore plus sobre de commentaires. Dans son préambule, il est simplement indiqué, d'une façon très générale, qu'il y a lieu de remédier à l'inobservation des Ordonnances royales qui sont « négligées ou changées par le temps et la malice des plaideurs... ce qui causait la ruine des familles par la multiplicité des procédures ».

Avons-nous des indications plus précises sur les raisons qui ont influencé le législateur de 1804 ?

Dans un cas, au moins, la réduction du nombre des procès a dû être son seul objectif : c'est lorsqu'il

étend l'interdiction de prouver par témoins contre les actes aux litiges inférieurs à 150 francs, chiffre au-dessous duquel la preuve testimoniale est admise quand il n'y a pas d'écrit. L'existence d'un acte n'augmente pas les chances de corruption des témoins. Donc, si on exclut la preuve verbale en ce cas, c'est uniquement pour éviter des contestations éventuelles que la confection d'un acte avait eu, justement, pour but de supprimer.

En dehors de cette hypothèse, on peut dire que la crainte de la subornation des témoins et le désir de diminuer le nombre des procès ont, simultanément, inspiré l'article 1341.

Les travaux préparatoires du Code civil en font foi.

Le tribun Jaubert, dans son rapport sur « le Chapitre VI de la preuve des Obligations et de celle de paiement », justifie les textes proposés dans ces termes : « Et sans vouloir calomnier l'espèce humaine, quel est le siècle qui n'a pas été témoin de nombreux exemples de mauvaise foi et de parjure ? Il serait donc dangereux de livrer le sort des conventions aux témoignages humains ».

Et plus loin : « Si nous n'avions que la tradition orale, que deviendraient la plupart des conventions lorsque les années en auraient altéré les traces ? Que d'erreurs, que d'incertitudes, que de procès, enfin que de sujets de triomphe pour l'injustice ! ».

Jaubert propose, donc, l'adoption des dispositions prohibitives de la preuve testimoniale « pour garantir les uns de leur erreur ou de leur faiblesse, pour empêcher les autres de se prévaloir de leur mauvaise foi,

pour prévenir les procès et pour garantir la stabilité des propriétés (1) ».

Mais pourquoi la preuve par témoins est-elle admise pour les litiges inférieurs ou égaux en valeur à 150 francs ?

C'est que, pour un intérêt minime, imposer un écrit avec son cortège de frais, de droits de timbre, d'enregistrement, serait grever le principal d'accessoires hors de proportion avec lui.

Doit-on faire entrer en ligne de compte une autre considération et dire que pour un litige de faible valeur on trouvera moins facilement de faux témoins ?

Je ne le crois pas : les plaideurs mettent, souvent, autant d'acharnement dans une affaire de peu d'importance que dans celle où de grands intérêts sont en jeu ; et s'ils sont capables de provoquer de faux témoignages en achetant des consciences, ils le feront dans le premier cas comme dans le second.

Pourquoi le chiffre de 150 francs a-t-il été substitué à celui de 100 livres ?

Jaubert nous en donne la raison : « Cette augmentation de cinquante francs n'est pas proportionnelle à la valeur relative des espèces, mais, d'une part, les circonstances morales ne sont pas propres à encourager le législateur à donner plus de latitude à la preuve testimoniale ; de l'autre, il a dû considérer que l'usage de l'écriture est devenu plus familier ».

(1) Fenet. Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, 1836. T. XIII, p. 395, 396.

CHAPITRE PREMIER

PREMIÈRE RÈGLE PROHIBITIVE

Section première. — **Exposé de la règle.**

L'ordonnance de Moulins ordonnait que de toutes « choses » excédant la somme ou valeur de 150 francs, il fût passé contrat.

La généralité de l'expression « toutes choses » révèle clairement l'esprit de l'ordonnance : c'est-à-dire, imposer la rédaction d'un écrit à tous faits juridiques intervenus entre deux personnes, que ces faits soient créateurs ou extinctifs d'obligations, synallagmatiques ou unilatéraux.

Mais les commentateurs donnaient au texte de l'ordonnance une interprétation différente ; ils se basaient, pour cela, sur la phrase « il sera passé contrat ». Le mot contrat est pris, ici, dans le sens *d'acte écrit*. Mais tel n'était pas l'avis des jurisconsultes du XVII^e^ siècle. Ils prétendaient conclure de cette appellation donnée à l'acte écrit, que le rédacteur avait en vue, non pas un écrit quelconque, mais l'écrit destiné à constater un contrat. En d'autres termes « contrat » aurait signifié « acte écrit relatant la substance d'un contrat ».

L'ordonnance de 1667 fit cesser cette discussion en substituant le mot « acte » au mot « contrat » : « Il sera passé acte de toutes choses... ».

L'article 1341 du Code civil a employé des termes identiques.

Il reste à rechercher la signification exacte du mot « toutes choses ».

La règle embrasse, tout d'abord, tous les *faits juridiques*, c'est-à-dire ceux qui ont pour objet de « former, éteindre, modifier, confirmer, reconnaître ou transférer un droit ou une obligation » (1).

On ne saurait tenter l'énumération des faits juridiques qui comprennent les modalités innombrables des rapports de droit entre les individus.

Il existe toute une autre catégorie de faits dits faits *matériels* ou *purs et simples* (2). Ils n'ont pas pour objet un droit ou une obligation et la plupart n'entraînent immédiatement aucune conséquence juridique ; non pas qu'ils soient incapables d'en produire, — ils peuvent, en effet, faire naître ou bien éteindre des droits et des obligations, — mais cela n'arrive qu'accidentellement. A l'instant où le fait juridique intervient, les intéressés savent pertinemment qu'il engendrera, nécessairement, des conséquences relatives à leurs droits ou à leurs obligations. Par contre, quand le fait pur et simple se produit, l'éventualité de résultats juridiques, bien que concevable, reste à l'état de possibilité éloignée.

L'interdiction de la preuve testimoniale ne s'applique pas aux faits purs et simples : on ne saurait imposer la rédaction d'un écrit pour constater des faits matériels se reproduisant journellement, dépourvus, le plus souvent,

(1) Demolombe, Tr. des Contrats, t. VII, p. 14

(2) Cette dernière dénomination semble plus exacte, car souvent les faits *juridiques* contiennent un élément matériel plus ou moins important. Il en est ainsi dans le paiement, le dépôt, etc.

de tout effet de droit, sous le prétexte qu'on peut avoir besoin, exceptionnellement, de les faire valoir en justice. Ces faits sont en dehors des prévisions de l'article 1341.

Dans une autre opinion, les faits purs et simples rentrent dans les prévisions de cet article. S'ils sont soustraits à la prohibition de la preuve par témoins, c'est en vertu de la disposition de l'article 1348 qui est ainsi conçu : « Elles (les règles ci-dessus) reçoivent exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui... ».

En examinant, d'après leur sens littéral, les articles 1341 et 1348, on comprend qu'un certain nombre d'auteurs (1) aient soutenu, d'une part, que l'article 1341, avec son texte si compréhensif, devait s'appliquer aux faits purs et simples ; et, d'autre part, que l'article 1348, si nettement restrictif dans sa formule, venait soustraire ces faits à la règle générale.

Pourtant, il nous semble que l'opinion contraire est plus justifiée.

Il sera passé acte de toutes « choses » dit l'article 1341. Dans le langage habituel du législateur, le mot « acte » désigne l'écrit spécialement destiné à conserver la trace des relations de droit qui peuvent naître ou s'éteindre entre les personnes. Mais on ne peut pas dresser acte de la chute d'un mur, d'un coup de foudre ou de tout autre fait matériel. On peut, assurément, rédiger

(1) Marcadé : Explic. du Code Napoléon t. V, p. 100. MM. Aubry et Rau (t. VIII, § 762 note 1) adoptent le même système ; ils décident que l'art. 1341 s'applique à tous les *faits juridiques*; mais il ressort de leurs explications qu'ils entendent par là même les faits purs et simples entrainant accidentellement des conséquences juridiques.

un écrit pour en fixer le souvenir, mais il ne viendra à l'idée de personne d'appeler cet écrit un acte.

Quant aux mots « toutes choses », on sait qu'ils furent introduits dans l'ordonnance de 1667, et de là dans nos Codes, pour solutionner une controverse limitée aux faits juridiqnes, les seuls que le législateur de cette époque eût en vue.

Reste l'article 1348. Il est évident qu'il énonce une exception, lorsqu'il exclut de la règle « tous les faits dont on n'a pu se procurer une preuve écrite. »

En vertu de cette exception, les faits juridiques dont on n'a pas pu se réserver une preuve par écrit, peuvent être prouvés par témoins, même quand l'intérêt litigieux excède 150 francs.

Mais l'exception concerne-t-elle aussi les faits purs et simples ?

Non ! car il y a bon nombre de faits de cette nature dont le demandeur aurait pu se procurer une preuve écrite et dont la preuve par témoins devrait, en conséquence, être refusée; or cela serait contraire à la doctrine universellement admise.

Il est vrai que l'art. 1348, dans les applications qu'il énumère, mentionne les obligations résultant du *délit* ou du *quasi-délit*, lesquels sont, sans contredit, des faits purs et simples ?

A notre avis, tout ce qu'on peut en déduire, c'est qu'il y a contrariété de termes entre les articles 1341 et 1348. Devant cette divergence, il paraît plus sûr de s'en tenir à l'article 1341 qui forme le droit commun de la matière et de constater une imperfection dans la rédaction de l'art 1348 ; celle-ci est du reste, inexacte en d'autres

points : quand, par exemple, cet article soustrait à la prohibition légale tous les quasi-contrats : or, certainement, le paiement de l'indû ne bénéficie pas de cette dispense (1).

On répète volontiers que cette discussion n'offre qu'un intérêt théorique. Cependant, il peut y avoir un intérêt pratique à adopter une solution plutôt que l'autre. En effet, si l'on admet que les faits purs et simples restent en dehors de la prohibition, il suffira que ce caractère leur soit reconnu pour qu'on puisse en faire la preuve par témoins. Dans le système adverse, au contraire, il faudra, dans tous les cas, examiner s'il y a eu impossibilité pour le demandeur de se procurer une preuve écrite.

La Cour de Cassation s'est rangée à ce dernier système dans un arrêt du 27 juillet 1859 (2), relatif au possesseur d'un immeuble évincé par le véritable propriétaire. Elle l'a admis à établir par témoins qu'il a fait sur cet immeuble des travaux de construction dont il veut être indemnisé. Nous croyons, aussi, que la preuve testimoniale était recevable ; mais la Conr suprême a admis le possesseur à faire cette preuve, en s'appuyant sur l'article 1348 et sur l'impossibilité où il s'est trouvé de se procurer une preuve par écrit.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 5 février 1830 décide que l'exécution d'une convention (en l'espèce, un compromis) peut être prouvée par témoins « attendu qu'il s'agit de prouver, non la convention elle-même,

(1) En ce sens Larombière T. V., p. 10, n° 6 ; Bonnier Tr. des preuves I. 153, 154 ; Demolombe loc. cit., p. 19, n° 16 ; Laurent Dr. Civ. T. XIX, n° 407 *in fine* ; Huc, Comm. du Code civil, T. VIII, n° 280.

(2) D. P. 1859, 1, 398.

mais son exécution, c'est-à-dire un fait, et qu'au surplus..., le demandeur n'avait pu se procurer de preuve littérale ». On voit que cette décision est rattachée par l'arrêt aux deux systèmes et que la Cour n'en adopte expressément aucun (1).

Par contre, un arrêt plus récent de la Cour de Rennes du 5 décembre 1879 (2) énonce très clairement que l'interdiction de prouver par témoins « qui s'applique incontestablement aux faits juridiques... ne s'étend pas de la même manière aux faits purs et simples, c'est-à-dire aux faits de l'homme ne présentant que des résultats matériels et n'engendrant des droits et des obligations qu'autant qu'ils se rattachent accidentellement à certains rapports juridiques, et à raison seulement de ces rapports ».

Nous connaissons, d'une manière générale, la première règle contenue dans l'article 1341 ; nous allons en étudier certaines applications aux faits juridiques, puis nous passerons aux faits purs et simples.

Section deuxième. — **Applications aux faits juridiques.**

§. I. — *Mandat.*

Toutes les conventions sont des faits juridiques et, à ce titre, tombent sous l'empire de la prohibition. Il serait inutile de les passer toutes en revue, mais il en est quelques unes qui soulèvent des questions intéressantes.

(1) Rapporté dans Dall. répert. v° obligations, n° 4877, note 3.
(2) D. P. 1881. 2. 218.

De ce nombre est le *mandat*.

On distingue le mandat *exprès* et le mandat *tacite* qui, après de longues controverses, semble avoir conquis droit de cité dans la jurisprudence et la doctrine.

Dans le mandat tacite, l'accord des volontés se manifeste seulement par des actes exécutés par les parties. Comment va se faire la preuve du mandat tacite ?

Elle se fera en établissant devant les juges un ensemble de circonstances telles que le concours des volontés ne saurait faire de doute. Ces circonstances seront, le plus souvent, des faits purs et simples et, par suite, pourront être prouvées par témoins.

Voilà ce que paraissent suggérer les principes exposés plus haut.

Il y a quelques arrêts dans ce sens (1). Mais de très nombreuses décisions, dont quelques unes récentes, rejettent la preuve par témoins du mandat tacite au-dessus de 150 francs, du moins en l'absence de commencement de preuve par écrit (2).

Il est exact, disent les partisans de cette opinion, que les faits invoqués par le demandeur pour prouver le mandat peuvent être et seront ordinairement des faits purs et simples. Mais si l'on en permettait la preuve par témoins, le mandat se trouverait, en fin de compte, établi par la preuve testimoniale, ce qui serait contraire à l'article 1341. Nous répondons que l'admission de cette preuve est déterminée par la nature du fait à prouver et non par les résultats qu'elle peut entraîner. Du reste, ce

(1) Cass. 15 décembre 1874 (S. 1875. 1. 212) ; Cass. 18 août 1873 (S. 1874. 1. 169).

(2) Cass. 29 décembre 1875 (S. 1876. 1. 401). Cass. 22 novembre 1876 (S. 1877. 1. 65). Cass. 15 mars 1886 (S. 1886. 1. 296).

n'est pas, à proprement parler, le contrat de mandat, qui est, dans ce cas, prouvé par témoins. Ceux-ci ne viennent pas affirmer qu'un contrat de mandat a été passé entre les parties en cause ; ils viennent seulement déposer sur certains faits dont ils ont eu connaissance et qui, s'ils sont tenus pour vrais, feraient naître la certitude de l'existence d'un mandat tacite. C'est de l'ensemble de ces faits que le juge induira le mandat tacite, et non du témoignage lui-même (1).

Il est possible que le Tribunal refuse l'enquête sur les faits proposés s'ils ne lui apparaissent pas suffisamment probants. Le demandeur, ne pouvant tirer des circonstances de la cause, la preuve d'un mandat tacite, pourrait-il se rejeter sur le quasi contrat de gestion d'affaires qui, lui, serait susceptible de preuve par témoins, conformément à l'article 1348 ?

Il faut remarquer que la gestion d'affaires suppose que le gérant s'est spontanément immiscé dans les affaires du géré et qu'il n'y a pas eu concours des volontés.

Ce moyen subsidiaire sera, donc, à la portée du demandeur, dans le cas, seulement, où cette condition sera réalisée.

La théorie de la preuve du mandat intéresse surtout les officiers ministériels et, spécialement, les notaires ; les décisions rendues sur cette matière tranchent, presque

(1) Laurent (t. 27, p. 501, n° 454) admet la preuve testimoniale du mandat tacite quand les faits desquels on l'induit sont purs et simples. En réalité, dit-il, ces faits seront presque toujours juridiques ; D. le même sens, note de M. Labbé sous Cass. 29 décembre 1875, S. 1876. 1. 40 ; Baudry Lacantinerie, Tr. du mandat, n° 504, p. 249. Contrà : Aubry et Rau, t. 4, p. 638, § 411 ; Guillouard, Tr. des Contrats aléatoires et du mandat n° 63, p. 397 ; Huc, t. 12, n° 16, p. 27.

toutes, des difficultés relatives à leur responsabilité professionnelle.

Comme officier public, le notaire est seulement chargé de donner l'authenticité aux actes. Strictement, il n'est pas de son devoir légal d'accomplir les formalités conservatoires des droits de ses clients, telles que la transcription, par exemple. Il n'est tenu de le faire que lorsqu'il a reçu, pour cela, un mandat spécial. Alors, comme tout mandataire, il est responsable de sa négligence ; mais il est indispensable que la partie lésée établisse préalablement la conclusion du contrat de mandat.

Si le demandeur allègue un mandat *exprès* et que l'intérêt en litige excède 150 francs, il devra rapporter un commencement de preuve par écrit. Mais en fait, s'il peut puiser argument dans les circonstances de la cause, il prétextera un mandat tacite donné au notaire. Ces circonstances seront, par exemple, le fait, pour le notaire, d'être resté dépositaire des titres et papiers sans lesquels une formalité urgente ne pouvait être accomplie.

La responsabilité du notaire pourra être engagée dans des conditions différentes. De nombreuses espèces ont trait au cas suivant :

Un placement, fait par l'entremise d'un notaire, se trouve mauvais et se résout en une perte pour le prêteur. Quand et comment ce dernier pourra-t-il se retourner contre le notaire et lui faire supporter la responsabilité de cette opération malheureuse ?

Tout d'abord, lorsque le notaire a, par ses propres agissements, décidé le prêteur à faire le placement d'argent indiqué.

Il n'y a pas, ici, de contrat, ni même de gestion d'affai-

res : il y a le fait matériel occasionnant un dommage à autrui, et susceptible de preuve par témoins.

C'est ce qu'a décidé très exactement la Cour de Bordeaux dans un arrêt du 20 juin 1853 (1).

Voici une autre espèce : ici ce n'est plus le notaire qui a pris l'initiative de l'opération incriminée. Il a agi sur l'ordre de son client, et, de plus, a reçu de lui *mandat de faire un bon et solide placement*. Le notaire, n'ayant pas réussi dans cette mission par sa faute et négligence, le demandeur a la prétention d'obtenir de lui une réparation pécuniaire. Il a donc une double preuve à apporter : en premier lieu, la preuve du mandat qui se fera suivant le droit commun, par témoins si l'on allègue un mandat tacite et si les faits cotés sont purs et simples (ou s'il y a un commencement de preuve écrite); par écrit, dans le cas contraire.

A défaut de cette preuve, la demande sera rejetée.

Quant à la preuve de la négligence dans l'exécution du mandat, elle pourra être faite par témoins, lorsque l'existence du mandat aura été régulièrement établie.

Le mandat légal du notaire s'établira de la même façon que le mandat spécial ou extralégal qui vient fréquemment s'y adjoindre. La loi a réglementé son étendue, mais a laissé la preuve de son existence sous l'empire du droit commun.

Ainsi, un notaire a été chargé de rédiger un acte relatant une convention passée entre deux parties : il néglige de le faire et, de ce chef, occasionne un dommage aux contractants. Ceux-ci ne pourront faire valoir leur prétention

(1) D. P. 1854, 2, 113.

qu'en faisant régulièrement la preuve du mandat donné au notaire.

Un arrêt de la Cour de Limoges du 4 juin 1840 (1) semble avoir méconnu ce principe. Dans une hypothèse identique à celle que nous venons d'indiquer, elle autorise la partie à prouver par témoins qu'une convention a été passée en présence du notaire, et que celui-ci avait été chargé d'en dresser acte « attendu, dit l'arrêt, que cette offre de preuve tend à établir une obligation qui prendrait sa source dans un délit ou quasi-délit imputable au notaire et dont il aurait été impossible à X. de se procurer une preuve par écrit ».

La solution est peut-être exacte, mais les motifs ne paraissent pas très juridiques. Oui, il y a un quasi-délit ! Mais ce quasi-délit suppose un contrat de mandat qu'il faut, avant tout, établir. Il est possible qu'en fait il y ait eu des circonstances révélant un mandat tacite et que, par suite, la seule preuve qu'il restât à faire fût celle du quasi-délit. Mais la Cour aurait pu le préciser dans ses motifs.

§ II. — *Dépôt volontaire.*

La prohibition est, également, applicable au *dépôt volontaire.* L'article 1341 prend soin de le mentionner spécialement.

On connaît la raison toute historique de cette disposition, en apparence superflue, qui a été reproduite d'après l'ordonnance de 1667.

(1) Dalloz répertoire de jurisp. v° obligations n° 4876 4° et la note.

L'ordonnance de Moulins, malgré la généralité de ses termes, était interprétée restrictivement.

Les commentateurs ne l'appliquaient qu'aux seuls contrats ; et, même, parmi ceux-ci, ils doutaient que le contrat de dépôt fût soumis à la règle. L'acceptation du dépôt étant l'effet de la complaisance et de la bonne volonté du dépositaire, il leur paraissait difficile d'exiger que le déposant se fît donner un reçu.

Pourtant, il n'y a pas impossibilité morale pour ce dernier à se procurer une preuve écrite du dépôt ; cela ne constitue pas, de sa part, une marque de défiance envers le dépositaire, car la précaution est prise bien plus à l'encontre de ses héritiers que contre lui-même (1).

Une exception en faveur du dépôt n'était donc pas justifiée.

Il convenait de le dire en termes exprès, en présence de la solution contraire préconisée par les auteurs.

« A l'égard de la prohibition de recevoir la preuve par témoins pour dépôts volontaires, dit le Président Lamoignon, c'était décider une grande question contre l'opinion d'un grand homme qui était Cujas... La jurisprudence des arrêts était contraire, en sorte qu'il paraissait bon d'en faire une décision telle qu'elle est en cet article (2). »

La *remise d'un blanc-seing* doit être assimilée au dépôt. Elle n'en est, en effet, qu'une variété. Par suite, au cas d'abus de blanc-seing, l'admission de l'enquête sur le délit

(1) Laurent, t. XIX, n° 410, p. 441.

(2) Procès-verbal des conférences, art. III, tit. 17 du projet.

d'abus de confiance devra nécessairement être précédée de la preuve du dépôt (1).

Toutefois, si la remise du blanc-seing avait été extorquée par fraude ou violence, nous verrons, en étudiant ces vices du consentement, dans leurs relations avec la preuve, sous l'article 1348, que la preuve par témoins en serait admise.

§ III. — *Donations.*

On ne peut pas prouver par témoins les donations dont la valeur dépasse 150 francs.

La question ne se pose guère que pour les *dons manuels*, les donations devant, en principe, être constatées par acte notarié.

Les dons manuels sont, il est vrai, exempts de toute formalité au point de vue de la validité, mais, à l'égard de la preuve, ils demeurent soumis au droit commun.

Dans cette sorte de donation, il existe un double élément juridique dont la preuve doit être fournie par le demandeur : 1° l'intention de faire une libéralité ; à défaut il y aurait un contrat à titre onéreux quelconque ; 2° la tradition de l'objet donné. Cette remise matérielle est, ici, un fait juridique, puisque le consentement des parties ne produit son effet que lorsqu'elle est effectuée. La jurisprudence est unanime dans ce sens (2).

(1) Nancy 8 février 1845, D. P. 1845, 2, 70. Cass. 3 mai 1848, D. P. 1848, 1, 145 ; Orléans 7 février 1853, D. P. 1855, 5, 3. Laurent, t. XIX, n° 558, p. 570 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 347 ; Contrà : Chauveau et Hélie (Th. du C. pénal t. V, p. 467) qui décident que la remise du blanc-seing constitue un simple fait matériel.

(2) Paris 25 mars 1876 (D.P. 1877, 2, 9). Cass 9 août 1887 (D.P. 1888, 1, 133) ; C. d'app. Paris 19 juillet 1890, Gaz. du Palais 1890, t. II, p. 295 ; Huc t. 6, p. 243.

§ IV. — *Paiement.*

Le paiement et, plus généralement, tous les modes de libération d'une obligation, sont des faits juridiques. En effet, s'ils ne créent pas des obligations, ils ont pour résultat immédiat de les éteindre.

Ils ne sont donc pas susceptibles de preuve testimoniale, si ce n'est dans les conditions prévues par la loi.

Nous avons dit que l'ordonnance de 1566 laissait la question douteuse. L'ordonnance de 1667 l'avait définitivement tranchée, et, depuis, elle a été fort rarement portée devant les Tribunaux et, seulement, dans des hypothèses toutes particulières. Telle est la suivante.

L'aveu extrajudiciaire, au moins quand il est oral, n'est recevable que dans le cas où la preuve testimoniale est, elle-même, admissible. Cela s'explique facilement, car il est, nécessairement, apporté devant les juges par des tiers qui en ont été témoins.

Un arrêt de la Cour de Metz, rendu le 29 mai 1818 (1), décide très exactement que la libération d'une dette supérieure à 150 francs n'est pas établie par une déclaration signée du maire d'une commune et d'autres personnes, constatant que le créancier a déclaré, sur son lit de mort, avoir été payé par son débiteur : ce n'est pas autre chose qu'une preuve testimoniale.

(1) Rapporté dans Dalloz. Répertoire v° Obligations n° 4650 et 3065.
Voir un arrêt récent, dans le même sens : Besançon, 29 juin 1892 (D. P. 1893. 2. 555). Dans cette décision, la Cour pose en principe que le paiement est un fait juridique.

Le paiement est quelquefois allégué par le créancier. Dans ce cas, il n'est pas invoqué pour justifier de l'extinction de l'obligation, mais à titre de fait interruptif de la prescription. C'est un fait, mais un fait entraînant un important résultat juridique.

Extinctif de la créance accessoire, il interrompt la prescription de la créance principale. Cela suppose des créances successivement exigibles, procédant toutes d'une créance originaire. La rente viagère en est le type le plus fréquent. Lorsque le titre qui la constate datera de plus de trente ans, et n'aura pas été renouvelé, la créance sera réputée prescrite ; à moins, cependant, que le crédi-rentier n'établisse que des paiements d'arrérages ont été effectués par le débiteur depuis moins de trente ans.

Pour opérer cette justification, le créancier sera soumis à la prohibition de droit commun et ne pourra prouver par témoins aucun de ces paiements, quand l'intérêt en jeu, en l'espèce le capital de la rente, sera supérieur à 150 francs (1).

Cela paraît indiscutable : nous sommes en face d'un fait juridique, le paiement. D'autre part, le crédi-rentier a pu se procurer une preuve écrite de sa créance, puisque l'art. 2263 du Code civil l'autorise à exiger un titre nouvel de son débiteur, après vingt-huit ans écoulés du jour de l'acte constitutif, et cela au frais de l'obligé. Il est donc inexcusable de n'avoir pas pris ses mesures en temps utile, et ne peut recourir à l'article 1348 (2).

(1) Peu importerait, d'ailleurs, que chacun des paiements fût inférieur à ce chiffre.

(2) Aubry, et Rau t. VIII § 762 notes 12 et 13; Laurent t. XIX n° 457, p 472 Bonnier n° 153.

Pourrait-on valablement, faire à cette théorie l'objection que voici et dire : Oui, le créancier aurait pu se procurer un nouveau titre pour prouver que sa créance existe encore. Mais, ce n'est pas l'*existence de sa créance* dont il entend faire la preuve. Il demande à démontrer l'existence d'un fait d'où la loi fait découler une conséquence nécessaire : l'interruption de la prescription du capital de la rente.

Son but est d'établir qu'en vertu d'un paiement à lui fait depuis moins de trente ans, sa créance n'a pas cessé d'exister, qu'elle n'a pas été prescrite. Evidemment, cela aboutit au même résultat, mais d'une manière indirecte. Or le juge doit envisager le fait à prouver, et non les conséquences qu'il peut entraîner. Ce fait, c'est le paiement, fait juridique assurément, mais dont il n'a pas pu se procurer la preuve écrite. Il ne pouvait pas, en effet, moralement, ni même légalement, obliger son débiteur à lui donner un contre-reçu. En vertu de l'article 1348, le crédi-rentier peut donc, valablement, prouver ce paiement par témoins.

D'abord, l'existence de la rente n'est pas une conséquence indirecte du paiement des arrérages ; elle en est plutôt la cause, et le paiement en est la manifestation certaine et immédiate.

Prouver le paiement des annuités depuis moins de trente ans, ce n'est pas prouver un fait indépendant, d'où par induction on devra conclure à l'existence de la rente : c'est démontrer directement qu'elle existait à ce moment là, car, dans le cas contraire, le débiteur n'aurait pas payé d'arrérages.

En outre, il ne paraît pas exact de dire que le créancier

n'a pu se procurer une preuve par écrit du paiement à lui fait. Il n'y a là ni impossibilité matérielle ni même impossibilité morale. Le créancier n'avait qu'à refuser le paiement sans un contre-reçu (1).

La jurisprudence est divisée sur la question.

Un certain nombre d'arrêts proscrivent la preuve par témoins du paiement, dans tous les cas et sans aucune distinction (2).

D'autres décisions plus anciennes se rangent à l'opinion contraire (3).

Leurs motifs sont rédigés en termes assez vagues.

Un arrêt de la Cour d'appel de Caen admet que le titre constitutif de la rente pourrait servir de commencement de preuve par écrit du paiement, puisqu'il émane du débiteur et rend vraisemblable le fait allégué, à savoir : le paiement régulier des arrérages.

Ce raisonnement contient une pétition de principes : je veux me servir du paiement pour établir que le titre, sur le point d'être périmé, a reçu une nouvelle force, et je fais précisément appel à ce titre pour prouver le paiement. C'est résoudre la question par la question (4).

(1) Demolombe tr. des contrats t. VII, n. 19, p. 23.

(2) Cass., 28 Juin 1854. D. P. 1854. 1. 220. Cass., 17 novembre 1858, D. P., 1858. 1. 459.

(3) Bruxelles, 10 décembre 1812. Devilleneuve et Carette, t. 4. 2. 213. Toulouse, 18 mai 1831. Dev. et Carr. 1831. 2. 302. Caen, 20 mai 1840. Dev. et Car. 1840. 2. 300.

(4) Dans ce sens, Cass. 19 Novembre 1845. Dev. et Car. 1846. 1. 609.

§ V. — *Interruption de la prescription.*

A propos du paiement interruptif de la prescription, il est utile d'indiquer comment, en règle générale, l'interruption de la prescription pourra être prouvée.

Il faut toujours recourir au même critérium : Est-elle le résultat d'un fait pur et simple ? Dans ce cas, la preuve testimoniale sera admissible.

Consiste-t-elle en un fait juridique ? Cette preuve ne sera autorisée que si l'intérêt du litige ne dépasse pas cent cinquante francs.

Dans la terminologie de la doctrine, ces deux sortes d'interruption de la prescription sont dites *interruption naturelle* et *interruption civile.*

Le mode le plus simple d'interruption civile est la reconnaissance de l'existence de la dette ou du droit réel par le débiteur ou le possesseur.

L'interruption naturelle, c'est l'obstacle matériel apporté à l'exercice du droit que l'on prescrit.

Le premier de ces deux modes d'interruption devra être prouvé par écrit, si le droit qui est en voie de prescription est d'une valeur supérieure à 150 francs.

Au contraire, la preuve testimoniale sera recevable pour établir une interruption naturelle (1).

(1) Laurent, t. 19, n° 434, p. 454 ; Aubry et Rau, t. 8, § 762, p. 305 ; Demolombe, t. 7, p. 23, n° 18.

§ VI. — *Autorisation.*

Qu'en est-il de l'autorisation indispensable à certains incapables, tels que la femme mariée ou le mineur, pour pouvoir valablement contracter ?

On la considère, à l'unanimité, comme un fait juridique (1).

C'est avec raison, car l'autorisation du mari ou du tuteur amène un résultat juridique immédiat qui est sa seule raison d'être.

En ce qui concerne l'autorisation maritale, il s'est produit une controverse basée sur l'article 217 du Code civil, dont voici la substance : La femme mariée, même commune ou séparée de biens, ne peut procéder à certains actes sans le concours du mari à ces actes ou sans son consentement *par écrit*.

Ces deux derniers mots ont provoqué des divergences d'interprétation.

On s'est demandé si l'article 217 déroge au droit commun de la preuve et en aggrave les prescriptions pour ce qui touche à l'autorisation maritale.

Certains auteurs prétendent que ce texte prévoit le cas où l'obligation qu'il s'agit d'habiliter la femme à contracter est ou doit être constatée par écrit. Dans ce cas là seulement, le mari doit donner son autorisation par écrit.

Pourquoi, disent-ils, y aurait-il une différence entre l'autorisation du mari et celle du tuteur qui peut la don-

(1) Larombière, art. 1341 n° 7; Laurent t. XIX n° 409, p. 439 ; Huc, t. II n° 251, p. 269.

ner verbalement? En outre, quelle anomalie d'exiger que la femme soit autorisée par écrit à contracter un obligation *verbale*, chose que la loi ne lui interdit nullement!

Malheureusement pour les partisans de ce système, le texte est formel, précis, et l'on ne peut le biffer d'un trait de plume.

Donc, à notre avis, l'autorisation du mari, à la différence de celle du tuteur, ne peut être prouvée par témoins (1).

Mais il paraît certain que, devant une impossibilité de se procurer une preuve écrite de cette autorisation, la preuve testimoniale serait recevable. L'article 217 a aggravé la prohibition de l'article 1341 ; mais le silence du législateur laisse supposer qu'il n'a pas entendu exclure l'exception contenue dans l'article 1348.

§ VII. — *Aliments.*

Le fait d'avoir nourri, logé et entretenu une personne est-il un fait pur et simple et peut-il être prouvé par témoins ?

Voici le type des contestations où se pose cette difficulté :

Un individu a hébergé chez lui durant un espace de temps plus ou moins long, une personne à qui il a fourni le logement et la table et rendu des services personnels.

Par la suite, il assigne son commensal en justice et lui réclame le remboursement de ses impenses et le prix des services rendus.

(1) Sic. Demolombe, t. IV, n° 193, p. 228 ; Aubry et Rau, t. V § 472, p. 151, texte et note 53 ; Huc, t. II, n° 250, p. 268 ; Baudry-Lacantinerie, *Traité des personnes*, t. II, n° 2231, p. 701.

Il demande donc à faire la preuve de ces impenses et de ces services pour, cette preuve une fois faite, voir condamner son adversaire au paiement d'une somme d'argent.

Pourra-t-il user de la preuve par témoins ? Telle est la délicate question que nous avons à résoudre.

La jurisprudence est divisée. Un arrêt de Cassation du 3 prairial an IX (1) et un jugement du Tribunal de Lombez du 5 août 1891 (2) admettent la preuve testimoniale.

Par contre, elle est repoussée par un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 24 août 1864 (3).

Malheureusement, ces décisions n'éclairent pas beaucoup la matière, car elles ne mettent pas en relief les principes.

Quelle est la nature des relations juridiques qui se sont formées entre les parties ? Y a-t-il eu entre elles une convention quelconque ou un simple quasi-contrat, faute du concours des volontés ?

Voyons comment se présentent, en fait, les situations de ce genre.

Une personne prend un tiers à sa charge pour l'un ou l'autre des motifs suivants : soit dans un but désintéressé, pour faire une libéralité, soit contre la promesse qu'elle serait indemnisée de ses frais et de sa peine.

De toutes façons, il y a donc échange des volontés, et par conséquent, contrat à titre gratuit ou à titre onéreux.

C'est donc à tort que l'une des décisions citées plus haut parle de quasi-contrat (4).

(1) Rapporté dans Dalloz. Répert. v° Obligations n° 4.885.
(2) D. P., 1893. 2. 491.
(3) Dev. et Car. 1865. 2. 95.
(4) Jugement du Trib. de Lombez, précité.

Le quasi-contrat implique le défaut de consentement des parties. Celui qui se rapproche le plus de l'hypothèse actuelle serait la gestion d'affaires, mais elle en diffère profondément.

La gestion d'affaires peut consister en des services pécuniaires ou autres. Mais ils sont rendus *à l'insu* et *sans l'approbation* du maître. Or cette condition n'est pas réalisée ici : celui qui reçoit les services ne peut les ignorer, puisqu'il est présent.

Du reste, le jugement du Tribunal de Lombez constate, dans la même phrase, que le demandeur se base sur « les promesses fallacieuses du défendeur », (promesses qui ont été acceptées, puisque le demandeur a pris le défendeur à sa charge, sur la foi de ces promesses), et sur l'absence de « toute convention intervenue entre eux. »

Peut-il y avoir promesse acceptée et services rendus en échange, sans qu'il y ait contrat ?

Expresse ou tacite, il y a eu formation d'une convention entre les parties.

La réclamation du demandeur est fondée, ni plus ni moins, sur l'existence d'une convention à titre onéreux, et c'est celle-ci qu'il demande à prouver par témoins.

Il prétend, il est vrai, établir seulement des prestations de services et d'aliments, qui sont des faits purs et simples susceptibles de preuve testimoniale.

Mais, en examinant de plus près, on voit que cela revient à prouver l'exécution de l'obligation pour démontrer, par là, l'existence de la convention qui lui a donné naissance. Or ces faits, une fois établis, ne constitueraient, relativement à l'existence d'une convention à titre onéreux, que de simples présomptions inadmis-

sibles, comme les témoignages, au-dessus de 150 francs. Le Tribunal devrait, donc, en rejeter la preuve.

C'est le droit commun dont nous proposons l'application ; mais le droit commun avec ses exceptions légales.

L'art. 1348 admet la preuve par témoins des faits juridiques dont on n'a pas pu se procurer une preuve écrite.

Est-ce le cas de l'hypothèse présente ? Cela se produira souvent ; c'est une question de fait à résoudre par les juges.

La convention peut être demeurée tacite. Le demandeur est alors appelé à prouver les faits par lesquels il prétend en démontrer l'existence. Si ces faits sont purs et simples, toute liberté lui sera donnée de les prouver par témoins ; à condition, toutefois, qu'ils apparaissent au Tribunal comme suffisamment concluants et de nature à faire supposer indubitablement une convention à titre onéreux. Or le simple fait d'avoir nourri et logé le défendeur ne présenterait pas ce caractère de certitude.

§ VIII. — *Droits réels.*

On lit quelquefois, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence, que les droits réels ne peuvent pas plus être prouvés par témoins que les obligations.

Cette proposition est exacte ; mais, ainsi formulée, elle manque de précision.

Quand on veut prouver un droit réel, un droit de propriété, par exemple, ce n'est pas ce droit de propriété lui-même qu'on établit directement.

Il faut remonter à l'évènement qui lui a donné naissance et faire la preuve de ce dernier par les moyens légaux.

Or comment se créent les droits réels ?

Fréquemment, par un mode qui leur est commun, avec les droits personnels : la convention.

D'autres fois, par des modes indépendants de tout contrat et constituant de simples faits matériels, comme la possession continue de trente ans, la découverte d'un trésor, enfin par la seule force de la loi comme l'attribution de l'hérédité.

Cela posé, il est facile d'interpréter ce principe que les droits réels ne peuvent pas se prouver par témoins.

Si le fait qui leur a donné naissance n'est pas susceptible de cette preuve, à cause de son caractère juridique, il est évident qu'on ne pourra pas en user pour établir le droit réel.

Au contraire, ce fait est-il pur et simple, on devra autoriser la preuve testimoniale pour en faire la démonstration.

Il n'est donc pas exact de dire, comme le fait un arrêt de la Cour de Liège (1), « que la preuve testimoniale ne peut pas être admise dans l'espèce, parce qu'il s'agit d'une revendication, et que, d'après l'art. 1341 du Code civil, une action de cette espèce doit être fondée sur des titres et non sur des dépositions de témoins ».

Cette dernière affirmation est beaucoup trop générale. Cependant, dans l'hypothèse prévue par l'arrêt, le rejet de la preuve par témoins était absolument légal ; en effet, le prétendu propriétaire basait son droit de propriété sur

(1) 16 mars 1820. Dev. et Car., t. VI, 2, 230.

des titres écrits. De son côté, le défendeur soutenait que les actes produits ne visaient pas l'immeuble litigieux. Le revendiquant devait donc prouver l'identité de cet immeuble avec celui mentionné et décrit dans les titres; ceux-ci étaient incomplets, puisque des doutes pouvaient s'élever sur l'objet de la vente. Il fallait les compléter, mais on ne pouvait le faire qu'à l'aide d'une preuve écrite: d'après la deuxième règle énoncée dans l'art. 1341, il est interdit de prouver par témoins contre et outre le contenu des actes.

Le Code civil a créé des présomptions de propriété pour trancher d'avance certaines contestations et éviter des procès.

On en trouve des exemples dans la théorie du *mur mitoyen*.

C'est, d'abord, l'article 653, qui présume la mitoyenneté « dans les villes et les campagnes, de tout mur servant de « séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre « cours et jardins, et même entre enclos dans les champs ».

Ainsi, un propriétaire n'aura pas à faire la preuve de sa co-propriété sur le mur séparatif de l'immeuble voisin du sien, si les conditions de l'article 653 sont remplies. Il est présumé avoir contribué à la construction de ce mur ou en avoir acquis la mitoyenneté, comme l'article 661 du C. civil l'autorise à le faire.

C'est là une première dérogation au droit commun. Il en existe une seconde.

Le mur est présumé mitoyen, « s'il n'y a titre ou marque contraire » (art. 653).

La présomption de mitoyenneté n'est pas invincible et peut être combattue par le propriétaire voisin.

Théoriquement, celui-ci devrait prouver deux choses :

d'abord, qu'il a construit le mur de ses propres deniers ; ensuite, qu'il l'a édifié sur son propre terrain, en deçà de la ligne divisoire des deux immeubles.

Le premier point pourrait être prouvé par témoins ; quant au deuxième, il englobe une question de propriété. Il y aurait lieu, en conséquence, de faire application des règles que nous avons indiquées plus haut, relativement à la preuve du droit de propriété : la preuve par témoins serait recevable si le droit de propriété avait pris sa source dans un fait matériel. On devrait, au contraire, la rejeter, en principe, si le droit de propriété procédait d'un fait juridique.

Mais, à cause de la difficulté que rencontrerait souvent le propriétaire du mur à représenter une preuve écrite de ce fait, la loi a mis à sa disposition un certain nombre de présomptions applicables, quelle que soit la valeur du litige.

Ces présomptions ne sont pas laissées à l'arbitraire du juge, mais sont limitativement déterminées.

L'article 654 les énumère : « Il y a marque de non mitoyenneté, lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné. Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. »

La présomption de mitoyenneté de l'article 653 peut donc être détruite, soit par un titre contraire, soit par l'une des présomptions de l'article 654.

On admet généralement que le titre ne doit pas être nécessairement un écrit : la loi n'a pas en vue l'*instrumentum*, mais le fait juridique, *id quod actum est.* »

Il peut consister en une convention verbale qui pourra être prouvée par témoins en matière ne dépassant pas 150 francs (1). Mais, au-dessus de ce chiffre, cette preuve sera exclue ; la dérogation ne doit pas être étendue au delà des termes de la loi : l'article 654 autorise la preuve de la propriété du mur par certaines *présomptions ;* il est muet sur la preuve testimoniale ; donc celle-ci n'est pas admissible en dehors des limites du droit commun.

Les marques de non-mitoyenneté constituent un état de choses qui sera constaté par des experts.

En cas de destruction, soit du mur, soit des marques seulement, pourra-t-on prouver par témoins qu'elles ont existé ?

Si l'intérêt du litige est de 150 francs au plus, la partie intéressée serait recevable à établir directement son droit de propriété par témoins.

Il semble qu'on devrait l'autoriser à le faire indirectement, en prouvant de la même façon que des corbeaux ou autres marques ont existé sur le mur.

Mais si la valeur du litige excède 150 francs, pareille faculté ne lui sera pas accordée (2). Cela reviendrait à anéantir par des dépositions de témoins la présomption de mitoyenneté de l'article 653. Or le législateur a pris soin de nous indiquer qu'elles ne peuvent être combattues que par titres ou par certaines présomptions contraires.

(1) Baudry-Lacantinerie. Tr. des biens, n° 943, p. 645 ; Huc t. 4, n° 325, p. 404 ; Laurent, T. VII, n° 532, p. 614. — Contrà : Demolombe Tr. des Servitudes, T. I, n° 333, p. 367.

(2) En ce sens, Amiens 29 juin 1842. D. P. 1845. 5. 425.

D'ailleurs, le motif de cette disposition est facile à saisir : Tant qu'elles existent, les marques de non-mitoyenneté sont des faits aisés à constater.

Au contraire, autoriser une partie à en prouver l'existence antérieure, alors qu'elles n'existent plus, serait rouvrir la voie à d'innombrables discussions.

Section Troisième. — **Application de la règle aux faits purs et simples.**

Nous avons admis que le Code civil avait laissé les faits purs et simples en dehors de la règle prohibitive de l'article 1341.

D'autres, au contraire, les rattachent à l'exception de l'article 1348.

Etant donnée l'opinion à laquelle nous nous sommes rangés, cette étude est, ici, parfaitement à sa place.

Cependant, pour respecter dans la mesure du possible l'ordre adopté par le Code, il est préférable de réserver les délits, les quasi-délits et le cas fortuit, pour les examiner avec l'art. 1348 qui les mentionne spécialement.

§ Ier. — *Evènements naturels.*

Les évènements naturels sont des faits purs et simples et peuvent être prouvés par témoins.

Tel est, par exemple, le fait qu'une personne est en état d'indigence (1).

(1) Alger, 23 décembre 1895, D. P. 1897, 2.453.

On trouve, dans le Code civil, des règles spéciales pour la preuve des naissances et des décès, et la preuve testimoniale est soumise à des restrictions importantes en matière de filiation légitime et de filiation naturelle, mais nous laisserons de côté ces particularités qui ne rentrent pas dans le cadre de notre étude.

§ II. — *Faits purs et simples réagissant sur le consentement.*

Il y a des faits purs et simples qui peuvent réagir sur l'existence des faits juridiques.

Tels sont les faits qui entraînent une incapacité naturelle.

Parmi ces faits, on peut citer l'aliénation mentale, une maladie accidentelle enlevant momentanément la conscience, comme le délire ou la fièvre, le somnambulisme naturel ou provoqué, enfin, exceptionnellement, la colère.

La preuve testimoniale de ces faits sera parfaitement recevable (1).

L'article 1109 du Code civil décide « qu'il n'y a pas de « consentement valable si le consentement n'a été donné « que par erreur ».

L'erreur de droit comme l'erreur de fait est susceptible d'être prouvée par témoins.

Le possesseur fait les fruits siens, s'il a un juste titre dont il ne connaît pas les vices. S'il construit sur le terrain d'autrui, croyant bâtir sur le sien propre, le Code lui fait une situation différente de celle faite au constructeur de mauvaise foi. Le fardeau de la preuve est à la charge de

(1) Laurent, t. XIX, n° 426, p. 451.

celui qui se prétend de bonne foi, mais il pourra prouver sa bonne foi par témoins.

Dans l'hypothèse de l'article 2268 où la bonne foi est présumée, il sera toujours possible au réclamant, de prouver par témoins la mauvaise foi de son adversaire, qui est également un simple fait.

Le vendeur peut, aussi, prouver par témoins que l'acquéreur avait, au jour de l'éviction, connaissance du danger d'éviction qui le menace. C'est un fait pur et simple (1).

Il est possible de réparer le vice d'une obligation sujette à nullité ou à rescision à l'aide de la confirmation.

Son but et son résultat démontrent bien qu'elle est un fait juridique.

La preuve en sera donc réglée par l'article 1341. L'écrit ne sera obligatoire que si l'intérêt en jeu excède 150 francs.

La confirmation peut être tacite (2). Elle résulte alors de certains faits. Suivant leur nature, ils pourront être prouvés par témoins ou seulement par écrit.

§ III. — *Découverte du trésor.*

Le Code civil attribue le trésor, pour moitié au propriétaire du fonds qui le recélait, et pour l'autre moitié à celui qui l'a découvert (art. 716, al. 1).

L'inventeur sera tenu d'établir : 1° que c'est lui qui a fait la trouvaille ; 2° que cette découverte est l'effet du pur hasard, et non de fouilles intentionnellement pratiquées.

(1) Cass. 20 juin 1843 ; Dalloz. Répert. V° Vente n° 1.060 ; Pau, 23 mars 1899. D. P. 1899. 2.451.

(2) Huc, t. VIII, n° 274, p. 343.

Il aura la faculté de recourir à la preuve testimoniale pour faire cette démonstration, car elle portera sur des faits purs et simples (1).

La définition du trésor donnée par l'article 716, énonce une troisième condition indispensable pour le caractériser : c'est que personne ne puisse faire valoir un droit de propriété sur l'objet enfoui.

Le propriétaire de la chose peut donc la réclamer à condition de faire la preuve de son droit, à savoir qu'elle lui appartenait et qu'il l'a enfouie au lieu même où elle a été découverte.

Le droit de propriété sera suffisamment démontré par le fait dûment constaté de sa possession au moment de l'enfouissement. La possession fait présumer la propriété (art. 2279).

Nous verrons, dans un instant, comment se prouve la possession.

Quant à l'acte matériel de l'enfouissement de la chose, inutile de dire que l'intéressé pourra, très légitimement, demander à l'établir par enquête (2).

C'est, du reste, la solution donnée par la Cour d'appel de Riom, dans un arrêt du 26 février 1810 (3) confirmatif d'un jugement du Tribunal civil de Gannat. La Cour, il est vrai, motive sa décision par l'impossibilité pour le propriétaire, (en l'espèce pour ses héritiers), de se procurer une preuve écrite.

C'est certainement exact. Mais, nous l'avons dit plus haut, il vaut mieux s'appuyer sur la nature du fait à prouver.

(1) Laurent, t. XIX, n° 423, p. 448.
(2) Laurent, loc. cit.
(3) Dev. et Carette, t. III, 2. 217.

§ IV. — *Possession.*

La possession doit-elle être rangée parmi les faits purs et simples ou parmi les faits juridiques ?

Sa place est, incontestablement, parmi les premiers.

Elle entraîne, certes, des résultats juridiques importants, spécialement en matière de prescription acquisitive, d'acquisition des fruits, et dans la détermination du rôle respectif des parties dans un procès.

Mais ces effets sont accidentels. Le plus souvent, la possession n'est que la manifestation et l'exercice d'un droit de propriété légitime et indiscuté.

D'ailleurs, on ne saurait concevoir l'exigence d'un écrit pour prouver la possession.

La possession est une situation de fait qui se prolonge aussi longtemps que le possesseur détient la chose, qui peut cesser par la dépossession, pour renaître ensuite par la reprise de cette chose.

On ne voit pas trop comment il serait possible de constater un fait qui se répartit en une série d'état successifs. L'écrit ferait bien foi de la possession au moment précis où il a été rédigé, mais il ne prouverait pas qu'un instant auparavant ou un instant après, elle existait aussi.

En outre, de qui devrait émaner l'écrit? De l'adversaire du possesseur au procès. Or, comment celui-ci pourrait-il prévoir les contestations que l'avenir lui réserve et exiger un écrit d'adversaires éventuels qu'il ne connaîtra pas le plus souvent.

On peut donc prouver par témoins les faits matériels de la possession, tels que l'habitation, le défrichement, l'ensemencement et, en général, tous les actes de culture. C'était l'opinion de Pothier : « Ce n'est point ici le cas, dit-il, de la disposition de l'ordonnance de 1667, qui ne permet pas la preuve par témoins lorsque l'objet de la contestation excède la valeur de 100 livres; cette disposition n'ayant lieu que pour les choses dont la partie pouvait et devait se procurer une preuve par écrit, telles que les conventions et les paiements (1) ».

Les applications pratiques de ce principe sont nombreuses. On sait que le fermier et tous ceux qui détiennent la chose du propriétaire à titre précaire ne peuvent pas prescrire, à moins que leur titre ne soit interverti. L'interversion peut être *civile* ; on est alors en présence d'un fait juridique qui doit être prouvé conformément à l'article 1341. Elle est quelquefois *matérielle* ; il en est ainsi quand elle résulte, par exemple, de l'expulsion du propriétaire par le précariste (2).

Autre espèce pratique : l'article 1402 décide que tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la possession légale antérieurement au mariage. Ici, encore, l'époux intéressé pourra établir ce fait par témoins (3).

Voici des hypothèses qui soulèvent une question spéciale :

Une personne a possédé, durant trente ans, un im-

(1) Pothier. Traité de la prescription, n° 177 ; dans ce sens : Laurent, t. XIX, n° 424, p. 448 ; Huc, t. VIII, n° 280, p. 353 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 762, p. 302.

(2) Laurent, t. XXXII, n° 326, p. 336.

(3) Baudry-Lacantinerie. Du Contrat de mariage, t. I, n° 486, p. 356.

meuble, par l'intermédiaire de son fermier. Elle oppose cette possession au revendiquant, comme base d'une prescription acquisitive.

Ou bien, un propriétaire revendique l'immeuble contre son propre fermier qui prétend en être possesseur non précaire depuis trente ans.

Dans ces deux hypothèses, la preuve du bail devra être rapportée : dans la première, pour démontrer l'existence de la possession ; dans la seconde, pour en prouver le caractère précaire.

Comment sera prouvé le bail ?

Le bail est une convention, c'est-à-dire un fait juridique.

Bien plus, le Code civil en interdit la preuve par témoins, même au-dessous de 150 francs, à moins qu'il n'ait reçu un commencement d'exécution (art. 1715).

On est donc en droit de dire que le bail ne pourra jamais être établi par la preuve testimoniale, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il est invoqué, sauf dans le cas de l'article 1348.

Ce n'est pas l'avis d'un certain nombre d'auteurs tels que Demolombe et Bonnier (1).

Suivant eux, la loi interdit la preuve testimoniale de l'existence d'un bail, lorsque cette existence est l'objet principal de la contestation.

Mais cette prohibition ne s'étend pas au cas où le bail n'est que l'accessoire d'une contestation ayant un objet différent (2).

Ceci est une affirmation et non une démonstration.

(1) Bonnier I. 153 ; Demolombe, tr. des Contrats, t. VII, n° 20, p. 24 et s.
(2) En ce sens C. d'app. Pau, 17 novembre 1865, Sirey 1866, 2. 153.

Cela revient à soutenir que le bail n'est plus un fait juridique parce qu'on ne le fait pas valoir dans le but d'en obtenir l'exécution. Or cette prétention ne paraît pas le moins du monde justifiée.

Il est exact que, dans notre hypothèse, on n'oppose pas l'effet juridique que le bail produit habituellement : celui d'imposer des obligations réciproques au preneur et au bailleur. On entend lui faire produire un autre effet, de nature différente, mais qui, à notre avis, présente lui aussi un caractère juridique : celui de rendre impossible la prescription, à raison de la précarité de la possession, ou bien de la rendre possible, bien que le possesseur n'ait pas occupé l'immeuble lui-même.

Le bail est donc, en toutes circonstances, soumis à la prohibition de l'article 1715.

C'est à cette solution que se rangent la majorité des auteurs (1).

On oppose un argument de texte tiré des articles 23 et 24 du Code de procédure civile.

L'article 23 autorise le possesseur évincé à intenter dans l'année du trouble une action possessoire, à condition que, depuis un an au moins, il ait été en possession paisible par lui ou par les siens. Et l'article 24 ajoute : « Si la possession ou le trouble sont déniés, l'enquête qui sera ordonnée ne pourra porter sur le fond du droit ». Elle pourra, par argument *a contrario*, porter sur la question possessoire, telle qu'elle se présente dans notre espèce, en y comprenant l'existence du bail invoqué pour établir la précarité.

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 762, p. 303 ; Laurent, t. XIX, nº 432, p. 454 ; Huc, t. VIII, nº 280, p. 353,

D'après nous, l'article 24 signifie simplement ceci : si la possession ou le trouble est dénié, il y aura lieu d'ouvrir une enquête, sans que l'on puisse toucher à la question de propriété.

Que pourra-t-on établir dans l'enquête ? Evidemment, les seuls faits qui sont susceptibles de preuve par témoins d'après le droit commun.

La question de la preuve du bail reste entière et l'article 24 lui est absolument étranger.

Section Quatrième. — **Du chiffre.**

§ Ier — *Détermination du chiffre.*

Il doit être passé acte, dit l'article 1341, de *toutes choses* excédant la somme ou valeur de 150 francs.

Il a été démontré que les mots *toutes choses* signifient « tous faits juridiques ».

Dans l'application de la règle, il faut donc rechercher la valeur de ces faits juridiques, ou, plus exactement, de leur objet.

A quel moment doit-on se placer pour apprécier cette valeur ? Au moment où l'acte juridique a pris naissance, ou bien au moment où la demande est introduite ?

Deux opinions se sont produites sur ce point.

Suivant la première, il faut se placer à la fois aux deux époques.

La preuve testimoniale ne sera admise que si l'objet du litige était inférieur à 150 francs au jour où le fait juridi-

que est intervenu, et l'est encore au moment où l'assignation est lancée.

Si l'objet de la contestation actuelle dépassait le taux de 150 francs à l'origine, un écrit a dû être passé, conformément à l'article 1341 ; à défaut, la preuve testimoniale sera irrecevable, même si cet objet a, depuis, diminué de valeur, au point de devenir inférieur à 150 francs. De même, si le chiffre, moindre que 150 francs au début, s'est élevé au-delà dans la suite, la preuve testimoniale devra être rejetée.

En effet, le but du législateur est de mettre obstacle à la corruption des témoins.

Or, ce danger existe, à ses yeux, dès l'instant que la valeur du litige excède 150 francs (1).

Nous préférons l'opinion contraire qui s'attache uniquement à l'époque de la formation du fait juridique.

Nulle part le législateur n'a rejeté la preuve par témoins d'une façon absolue.

La seule disposition interdictive qu'il ait prise, est celle contenue dans les articles 1341 et suivants. Il a pensé qu'elle était suffisante pour écarter le péril des faux témoignages.

La disposition de l'article 1341, ordonne aux parties de *passer acte*... Le texte formule un ordre absolu ; l'intention du législateur est donc que l'acte soit passé sans retard. Cela s'explique facilement : après les pourparlers qui ont précédé l'accord des volontés, les parties ont présents à l'esprit tous les détails de l'affaire et sont à même de rédiger un acte clair et précis.

Cette rédaction une fois faite, la prescription de l'ar-

(1) Marcadé, art. 1342, n° 2. Bonnier n° 164, t. I, p. 202.

ticle 1341 est remplie. Les parties sont en règle avec la loi ; on ne peut rien leur demander de plus (1).

On déduit plusieurs conséquences de ce principe.

Lorsqu'une créance supérieure à 150 francs se divise entre plusieurs héritiers, il est possible que la part revenant à chacun d'eux soit inférieure à ce chiffre. Néanmoins, ils ne pourront pas faire la preuve par témoins. A l'instant ou elle est née, la créance était, par suite de sa valeur, soumise à la nécessité d'un écrit. Le créancier originaire devait rédiger un écrit ; il ne l'a pas fait ; ses héritiers souffriront de sa négligence comme il en aurait souffert lui-même.

Pourtant, si l'un des créanciers avait obtenu du débiteur une promesse formelle de lui payer sa portion personnelle, une nouvelle obligation se serait formée à la suite d'une novation. La promesse verbale, portant sur une somme inférieure ou égale à 150 francs, pourrait être établie par témoins.

De même, la preuve de l'existence d'une société sera recevable par témoins quand la valeur du fonds social primitif était inférieure à 150 francs (2).

Peu importe que, lors de la demande en justice, ce fonds social, accru par des bénéfices, s'élève au-dessus de ce chiffre.

Ces bénéfices que les parties n'ont pas pu prévoir avec certitude au moment de la confection du contrat, ne sauraient être comptés dans l'appréciation pécuniaire de la valeur de son objet.

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 762, p.309. Huc, t. VIII, n° 282. Demolombe, t. VII, n° 33. Laurent, t. XIX n°s 442 et 452. Colmet de Santerre, t. V, n° 315 bis. Baudry-Lacantinerie, Précis de D. civil, t. II, n° 1260.

(2) Demolombe loc. cit., n° 35, p. 40 ; Huc, loc. cit., Laurent, t. XXVI, n° 174, p. 178.

S'il en était autrement, dans les contrats susceptibles de produire des gains ou des pertes, les parties seraient fort embarrassées pour savoir si elles doivent ou non passer un écrit (1).

Comment doit se faire le calcul des 150 francs ?

Prenons pour type la *convention* qui est la source des discussions les plus nombreuses.

L'objet de cette convention sera une somme d'argent, ou une chose en nature, ou un fait à exécuter.

Dans le premier cas, aucune difficulté ne peut s'élever dans l'appréciation, au moins si le demandeur demande exactement la somme convenue.

Mais il se peut que, pour éluder la prohibition, il renonce implicitement à la partie de sa créance excédant le chiffre légal, et qu'il réclame seulement 150 francs.

L'article 1344 le lui interdit. « La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de 150 francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est pas prouvée par écrit. »

Le créancier devait passer un acte écrit pour constater l'obligation.

La loi n'admet pas qu'il puisse se soustraire aux conséquences de sa négligence, même au prix d'un sacrifice.

L'article 1344 prévoit l'hypothèse d'un créancier qui *déclare* que la somme par lui réclamée « est le restant ou fait partie d'une créance plus forte. »

Mais, en cas de réticence, verra-t-il sa demande couronnée de succès ? Assurément non ! Son silence ne saurait lui profiter.

(1) En ce sens Cass. 5 janvier 1875, D. P. 1877. 1. 39.

La preuve de la réticence du créancier pourra être administrée par le défendeur (1).

Quelle devra être l'attitude à observer par ce dernier ?

Il devra bien se garder de proclamer imprudemment que la créance véritable n'est pas de 150 francs, mais de 200 francs, par exemple.

Il serait battu par ses propres armes, car cette déclaration constituerait un aveu, et l'aveu est admissible même au dessus de 150 francs.

Il évitera donc de discuter ce point et laissera admettre la preuve testimoniale, quitte à provoquer, au cours de l'enquête, des témoignages établissant le chiffre exact de la créance.

En présence de dépositions de cette nature, le devoir du juge est tout tracé : tenir pour non avenus le jugement admettant la preuve testimoniale ainsi que les témoignages entendus, et débouter le demandeur. Il pourrait le faire d'office, au cas où le débiteur ne ferait pas valoir ce moyen. Cela concorde avec l'opinion que nous adopterons plus loin, suivant laquelle la disposition édictée par l'article 1341 est d'ordre public.

En thèse générale, il est de l'intérêt du défendeur d'examiner soigneusement les conclusions de son adversaire : celui-ci pourrait présenter sa demande d'une façon asssz ingénieuse pour masquer la violation de l'article 1341 ou provoquer un aveu du défendeur. Ainsi, au lieu de demander l'exécution de la convention non constatée par écrit, bien que son objet soit supérieur à 150 francs, il réclamera une somme inférieure à ce chiffre, comme dommages-intérêts en suite d'inexécution.

(1) Demolombe loc. cit. n° 51, p. 55 ; Laurent, t. XIX, n° 447, p. 464 Aubry et Rau t. VIII § 762, p. 307 texte et note 16 ; Huc t. VIII, n° 284, p. 359.

Une observation superficielle pourrait induire le débiteur en erreur. La demande étant inférieure au chiffre légal, peut-être ne songerait-il pas à faire usage de l'article 1341. Il serait tenté de discuter ces dommages-intérêts, de soutenir qu'ils sont exagérés ou que l'inexécution ne lui est pas imputable. Par là même, il avouerait l'existence de son obligation.

Il a, au contraire, un moyen de remettre les choses au point. Le chiffre des dommages-intérêts réclamés est indifférent quant à l'admission de la preuve testimoniale (1). Ce qu'il importe de connaître, c'est la valeur de l'objet de la convention ; s'il est supérieur à 150 fr., un écrit aurait dû être passé. Le demandeur sera donc mis en demeure de fixer le montant de la créance principale pour l'inexécution de laquelle il réclame une indemnité (2).

La solution est différente si les dommages-intérêts ont été stipulés dans la convention sous forme de clause pénale. Ils font alors partie de l'obligation conventionnelle.

Le créancier peut demander l'exécution de l'obligation ou le paiement des dommages-intérêts stipulés ; il ne peut les cumuler, à moins que la peine n'ait été prévue pour le dédommagement du simple retard.

On envisagera l'une ou l'autre de ces demandes suivant l'alternative que le créancier aura choisie. La preuve par témoins en sera reçue si la valeur reste dans les limites du chiffre légal.

On ne peut admettre l'opinion de certains auteurs qui veulent, dans tous les cas, calculer le montant du litige

(1) Aubry et Rau, t. VIII § 762, p. 311 ; Huc, t. VIII n° 283, p. 357.
(2) En ce sens : Demolombe, tr. des Contrats, t. VII, n° 30.

en faisant la somme du principal et des dommages-intérêts. Ce cumul serait légitime dans le cas seulement où l'indemnité convenue est destinée à compenser le retard dans l'exécution (art. 1229 *in fine*) (1).

Nous avons eu en vue jusqu'ici le cas d'un demandeur qui réduit, dès l'origine, sa demande au taux légal. Pourrait-il, après avoir formé une première demande supérieure à 150 francs, en former une plus restreinte ?

L'article 1343 décide expressément la négative : « Celui qui a formé une demande excédant 150 francs, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive ».

Qu'en serait-il, si la demande supérieure à 150 francs avait été portée par erreur à ce chiffre ? Le demandeur serait-il reçu à faire la preuve par témoins de son erreur ?

Toullier répond négativement. A son avis, l'article 1343 édicte une présomption légale sur le fondement de laquelle la loi dénie une action et une preuve.

Il en conclut que cette présomption ne peut pas être combattue (art. 1352) (2).

Nous ne voyons aucune présomption légale dans l'article 1343. Ce texte contient purement et simplement la prohibition d'une action consécutive à une demande excédant en valeur 150 francs.

D'autre part, le droit commun autorise la preuve de l'erreur, comme celle du dol et de la violence (3).

(1) Larombière, t. V, art. 1342, n° 3; Demolombe, t. VII, n° 40, p. 47 ; Laurent, t. XIX, n° 455, p. 471 ; Aubry et Rau, t. VIII § 762, p. 311 ; Huc, t. VIII, n° 283, p. 358.

(2) Toullier, Dr. Civ., vol. V, 1re partie, p. 35.

(3) Aubry et Rau, t. VIII, § 762, p. 308, texte et note 20.

Si la demande a pour objet, non plus une somme d'argent, mais une chose en nature ou l'exécution d'un fait, le demandeur doit en apprécier la valeur dans l'acte introductif d'instance. Cette évaluation est sujette à discussion de la part de l'adversaire qui peut la critiquer sans danger, à condition de réserver ses droits au fond. C'est au juge qu'il appartient de trancher la difficulté. Il s'éclairera des circonstances de la cause, afin de déterminer par lui-même, s'il est possible, la valeur réelle du litige. S'il ne peut y parvenir par ses propres moyens, il recourra à l'expertise. Il semble, d'ailleurs, que ce mode d'information ne devra être utilisé qu'en dernier ressort, car il occasionnerait des frais disproportionnés avec l'importance de l'affaire (1).

Quand il est impossible de déterminer la valeur de la chose, on admet, généralement, que la preuve testimoniale doit être repoussée (2).

En effet, la prohibition de cette preuve constitue la règle, et son admission, l'exception. Cela résulte de l'article 1341 qui pose l'interdiction comme principe : « Il sera passé acte de toutes choses.....», dit ce texte. En admettant la preuve par témoins d'une convention ayant un objet dont la valeur est inconnue, on court le risque de laisser prouver par enquête un fait juridique de plus de 150 francs. Cela suffit à faire écarter la preuve testimoniale d'un fait de ce genre. Mais, comme une pareille décision est grave et anéantit, peut-être, des droits très légitimes, il faut, pour la justifier, une impossibilité absolue.

(1) Demolombe, t. VII, n° 28, p. 31 ; Aubry et Rau, loc. cit., p. 312, texte et note 31 ; Huc, t. VIII, n° 281, p. 355.

(2) Laurent, t. XIX, n° 411, p. 459.

Un exemple nous est présenté par un arrêt de la Cour de Cassation (1) ; Une personne a construit sur le terrain d'autrui, mais elle prétend l'avoir fait avec le consentement du propriétaire. Cela constituerait une convention, donc un fait juridique qui ne peut pas être prouvé par témoins, si l'objet est supérieur à 150 francs.

L'objet de la convention est, dans l'espèce, le droit de construire. C'est un droit dont la valeur est très vague. En effet, cette valeur ne se mesure pas à celle du terrain, quoi qu'en ait dit la Cour de Limoges qui, dans l'espèce déférée à la Cour suprême, avait autorisé la preuve par témoins parce que la parcelle de terrain sur laquelle le défendeur avait bâti, valait moins de 150 francs. Ce que vaut le droit de construire, l'avenir seul le dira, et, encore, d'une façon bien peu précise. Quand le constructeur comparera, d'une part, les revenus retirés de l'immeuble, et d'autre part, les sommes dépensées pour l'édifier, le rapport entre ces deux sommes indiquera, dans une certaine mesure, quel a été le profit de l'opération. Mais cela ne déterminera pas la valeur pécuniaire du droit de construction, car le bénéfice net retiré de l'affaire tient à un ensemble de circonstances complexes où il est bien difficile de préciser l'influence de l'autorisation donnée par le propriétaire du terrain.

Si, toutefois, le défendeur alléguait que la concession a été faite contre remise ou promesse d'une somme d'argent, le juge possèderait un élément de conviction suffisant pour établir la valeur du litige.

L'action en *revendication* d'un immeuble doit-elle être considérée comme une action indéterminée, ne pouvant jamais donner lieu à la preuve testimoniale ?

(1) Cass. 1er avril 1890. D. P. 1891. 1. 181.

La valeur d'un immeuble ne paraît pas indéterminée (1).

On ne peut approuver des décisions de la nature de celle rendue par la Cour d'appel de Montpellier le 24 mai 1842 (2). La Cour pose en principe que l'existence d'une vente d'immeuble déniée par l'une des parties ne peut jamais être prouvée par témoins, par suite du caractère indéterminé de la demande.

En effet, il ne manque pas d'éléments pour en établir la valeur avec une approximation suffisante : l'examen des revenus de l'immeuble, la comparaison avec des immeubles analogues et pareillement situés, enfin l'expertise.

La loi du 11 avril 1838 reconnaît, du reste, la possibilité de déterminer la valeur d'un immeuble par le moyen des baux. L'article 1er de cette loi déclare, en effet, que la compétence des Tribunaux civils de première instance s'étend, en dernier ressort, « aux actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 1500 francs de principal », et « aux actions immobilières, jusqu'à 60 francs de revenu déterminé, soit en rentes, soit par prix de bail ». Il serait étrange qu'un immeuble ait une valeur déterminée lorsqu'il s'agit du degré de juridiction, et une valeur indéterminée quand il s'agit de la preuve.

Pour évaluer le litige, il faut tenir compte, non seulement de l'obligation principale, mais encore des obligations accessoires qui en découlent directement.

L'article 1342 le dit expressément pour les intérêts. Le capital étant inférieur à 150 francs, mais dépassant ce chiffre par l'adjonction d'intérêts arriérés, le demandeur ne pourra prouver le tout par témoins. Il est en faute pour

(1) Laurent, loc. cit., nº 441, p. 460.
(2) Dalloz, Répertoire vº vente nº 62.

n'avoir pas exigé une reconnaissance écrite des intérêts échus, lorsque, joints au capital, ils ont atteint le chiffre légal.

Le créancier pourra-t-il diviser sa demande et réclamer soit le capital, soit les intérêts, en supposant que, pris séparément, ils soient inférieurs à 150 francs ?

Qu'on puisse demander le capital seul, cela ne fait pas de doute, à notre avis, et l'article 1344, que nous avons étudié, n'y fait pas obstacle (1). Il interdit la preuve testimoniale lorsque « la somme moindre de 150 francs, est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est pas constatée par écrit ». Or, ici, nous avons deux créances distinctes, l'une pour le capital, l'autre pour les intérêts. L'article 1343 prescrit bien de joindre les intérêts au capital pour calculer la valeur du litige, mais il ne déclare pas que les intérêts et le capital ne forment qu'une seule créance.

Bien entendu, conformément à l'article 1345 qui va être examiné ci-dessous, la demande des intérêts ne sera pas recevable ultérieurement (2).

Peut-on, maintenant, demander les intérêts seuls ? Non, certainement ! Car si la créance en capital ne suppose pas nécessairement une créance d'intérêts, la réciproque n'est pas vraie : les intérêts ne sont dus que si l'obligation principale est régulièrement établie (3).

Seules les prestations accessoires qui sont la consé-

(1) Contrà Laurent, t. XIX, n° 454, p. 470 ; Colmet de Santerre, t. V, p. 605, n° 316 *bis* II.

(2) Nous supposons résolue par l'affirmative la question de savoir si l'art. 1345 prohibe seulement la preuve testimoniale de la demande totale et non celle de chacune des demandes distinctes.

(3) Laurent loc. cit. ; Colmet de Santerre loc. cit. ; Demolombe t. VII, n° 39, p. 40 ; Aubry et Rau, t. 8 § 762, p. 310.

quence directe et prévue de la convention, doivent figurer dans l'estimation de la créance. On n'a pas à se préoccuper des dommages-intérêts résultant de l'inexécution, à moins qu'ils n'aient été expressément stipulés sous forme de clause pénale.

Mais, d'un autre côté, pour apprécier la valeur du fait à démontrer, il faut tenir compte de l'intérêt juridique qu'il présente dans le procès pour la partie qui invoque la preuve testimoniale.

Voici un créancier qui sollicite du tribunal l'autorisation d'établir par témoins qu'il a reçu de son débiteur le paiement d'une somme inférieure à 150 francs. Il invoque ce paiement comme interruptif de la prescription d'une créance supérieure à 150 francs. L'intérêt en jeu n'est pas le montant du paiement mais bien l'existence de la créance. La preuve par témoins ne sera pas recevable (1).

§ II. — *Dispositions formulées par les articles 1345 et 1346.*

I. — Historique et généralités.

Il vient d'être exposé que le demandeur ne peut pas prouver par témoins un fait juridique dont la valeur excède 150 francs ; que, d'autre part, il n'a pas la faculté de restreindre sa demande une fois formée, ni même de demander *ab initio* 150 francs seulement, en faisant le sacrifice du surplus.

Le Code civil est allé plus loin. Les articles 1345 et 1346 contiennent deux dispositions plus sévères encore.

(1) C. de Just. civile Genève, 14 mai 1892. Sirey 1892. 4. 40 ; Huc t. VIII, n° 280, p. 354 ; Marcadé, art. 1341 n°s 1 et 3 ; Baudry-Lacantinerie, Précis. t. II, n° 1263.

Voici le texte de l'article 1345 : « Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles ne soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes. »

Les articles 1341 à 1344 prohibent la preuve par témoins de la créance unique dont l'objet est supérieur à 150 francs. Plusieurs créances distinctes inférieures chacune à ce chiffre, pourraient donc, par application de ces articles, être prouvées par témoins, quand même elles le dépasseraient au total. Le créancier est en règle vis-à-vis de la loi ; il n'avait pas à passer d'écrit puisque l'article 1341 ne lui impose cette obligation que pour les sommes ou valeurs de plus de 150 francs.

Mais l'article 1345 précité vient infirmer cette conclusion. Il interdit la preuve par témoins des créances, même distinctes et inférieures à 150 francs, lorsqu'elles forment l'objet d'une seule demande. Et l'article 1346 sanctionne cette nouvelle prohibition en astreignant le demandeur à réunir sous un même exploit toutes les créances qu'il peut avoir à recouvrer contre le même débiteur, à quelque titre que ce soit.

Ces dispositions ne figuraient pas dans l'ordonnance de 1566. C'est à Pussort, rédacteur de l'ordonnance de 1667, qu'en revient l'initiative. Sa proposition présentée aux magistrats assemblés par ordre du roi pour donner leur avis sur le projet de loi, fut l'objet de vives attaques,

notamment de la part de Lamoignon. Malgré l'opposition, elle fut adoptée et passa de là dans le Code civil.

Quelle est la valeur de cette innovation ? Sa sévérité est-elle contrebalancée par de réels avantages ?

On la représente, quelquefois, comme destinée à déjouer un calcul frauduleux : le créancier voulant s'éviter la peine de rédiger un acte écrit, et désirant aussi se soustraire aux frais de rédaction, remplacerait la convention verbale unique par une série de conventions successives, inférieures chacune à 150 francs ; au lieu de faire, par exemple, un seul prêt de 500 francs, il ferait devant témoins cinq prêts de 100 francs.

En fait, il est douteux qu'une pareille subtilité se rencontre fréquemment dans la pratique ; d'autant plus que la préoccupation d'éviter cette fraude expliquerait l'interdiction de la preuve par témoins des créances procédant de la même cause, mais ne la justifierait pas pour celles qui proviennent de causes différentes ; à moins que le législateur n'ait eu en vue l'hypothèse compliquée d'un créancier qui aurait dissimulé une seule et même convention sous le couvert de plusieurs contrats de nature diverse.

Il nous semble donc que les rédacteurs de notre Code n'ont pas tant songé à assurer l'application de l'article 1341 qu'à le compléter par une mesure distincte et indépendante. Le but qu'ils ont poursuivi est d'apporter une nouvelle entrave à la corruption des témoins. La preuve testimoniale d'une créance supérieure à 150 francs avait été déclarée inadmissible, mais on a songé que ce n'était pas suffisant pour barrer la route aux faux témoignages. Comme le dit très justement Pothier, « il est aussi facile

de suborner des témoins qui déposent de plusieurs fausses créances de nature diverse, que d'en suborner qui déposent d'une seule » (1). Et les témoins, au dire de Bigot Préameneu, « ne méritent pas plus de foi sur la cause ou sur l'époque de la dette que sur la dette elle-même » (2).

A ce point de vue, on ne peut méconnaître que le législateur a fait œuvre prudente et que, du même coup, il a diminué le nombre des petits procès, en obligeant le créancier à centraliser ses demandes en un seul exploit.

II. — Examen de l'article 1345

L'article 1345 est formulé en termes absolus : « Les demandes dont il n'y a point de titre par écrit et qui, jointes ensemble, excèdent la somme de 150 francs, ne peuvent être prouvées par témoins », dit ce texte en substance.

On admet, cependant, que certaines demandes échappent à son application. Il en est ainsi, d'abord, dans une espèce toute spéciale. Le tuteur qui est appelé à rendre ses comptes à l'expiration de la tutelle, se verra allouer, suivant l'article 471 du Code civil, « toutes les dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile. »

Quels sont les articles qui composent les comptes de gestion du tuteur ? En premier lieu, un nombre plus ou moins grand d'opérations importantes dont il doit rapporter la preuve écrite, conformément au droit commun, c'est-à-dire quand leur chiffre dépasse 150 francs.

(1) Pothier, Tr. des Obligations, t. II, n° 792.
(2) Comment. sur l'art. 1345, Locré, t. XII, p. 406 et s.

Mais, à côté des dépenses de quelque importance, figure une multitude de dépenses minimes, paiements de fournisseurs, menues acquisitions, dont il serait abusif d'exiger une quittance écrite.

L'article 471 fait certainement allusion aux dépenses de cette nature, quand il déclare que le tuteur pourra se les faire rembourser contre « une justification suffisante ». Si le législateur avait voulu soumettre le tuteur à la stricte application des lois sur la preuve, il aurait usé d'une autre expression. Il aurait dit, par exemple : « Sera allouée au tuteur toute dépense qui sera *régulièrement* justifiée. »

Le tuteur sera donc admis à faire la preuve testimoniale des créances inférieures à 150 francs recouvrables contre son ex-pupille, bien qu'elles soient réunies dans une même instance, l'instance en reddition des comptes de tutelle (1). Une décision dans ce sens a été rendue par la Cour supérieure de Bruxelles le 18 janvier 1827 (2).

Mais, ce qui est vrai de la reddition des comptes de tutelle, serait inexact de toute autre action en reddition de comptes. L'article 471 est spécial au mandat légal du tuteur dont il vient alléger les charges parfois très lourdes. Ainsi, le mandataire contractuel qui veut justifier de différents paiements inférieurs à 150 francs par lui faits pour le compte de son mandant, ne pourra faire usage de la preuve par témoins, si ces paiements excèdent cette somme au total (3).

L'article 1345 suppose des créances dont « il n'y a pas

(1) Laurent, t. V, n° 135, p. 150 ; Aubry et Rau, 5e édition, t. I, § 121, p. 755 ; Huc, t. III, n° 457, p. 437.

(2) Rapportée dans Dalloz, Répert. v° Obligations, n° 4701, note 1.

(3) Cour d'appel Rennes, 12 février 1870. D. P. 1872, 2. 64.

de titre par écrit ». Cela se conçoit. Si l'une de ces créances est prouvée par écrit, elle possède sa propre justification. Il est tout naturel qu'elle soit laissée de côté dans la totalisation des créances.

Il faut ajouter qu'il en serait de même pour la créance qui serait appuyée d'un simple commencement de preuve par écrit. Le Code civil n'a pas reproduit les termes de l'ordonnance de 1667 (art. 5, titre XX), qui restreignait la prohibition aux demandes « dont il n'y a pas un commencement de preuve par écrit. » Mais il n'y a aucune raison pour se montrer plus sévère, et l'on peut admettre que, sous une forme un peu différente, le Code civil a exprimé la même idée que l'article 5 de l'ordonnance (1).

Quant aux autres créances dont la loi autorise indéfiniment la preuve par témoins (art. 1348), elles pourront, bien entendu, être prouvées de cette façon, quand même le demandeur se trouverait dans les conditions de l'article 1345.

Ce dernier texte formule expressément une autre exception à la règle qu'il vient de poser : la preuve testimoniale sera rejetée, « à moins que les droits ne procèdent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes. »

Primus est créancier de Secundus pour la somme de 150 francs ; Primus hérite de Tertius qui, lui aussi, possédait contre Secundus une créance de 150 francs. Primus se trouve, par le fait, titulaire de deux créances de 150 francs contre une seule et même personne. On ne pouvait l'obliger à fournir une preuve écrite de la deuxième créance, à la formation de laquelle il est resté

(1) Laurent t. 19, n° 460. p. 477 ; Aubry et Rau, t. 8, § 762 texte et note 36 ; Larombière t. V, art. 1345-1346, n° 13 ; Demolombe, t. 7, n° 63, p. 68.

étranger. La preuve par témoins des deux créances sera donc recevable.

Voici une espèce où les deux créances paraissent provenir de personnes différentes, mais au sujet de laquelle une solution contraire paraît devoir intervenir. Primus hérite de Tertius. Il trouve dans l'actif de la succession une créance de 150 francs contre Secundus. Après l'ouverture de la succession, Primus prête, à son tour, au même Secundus une somme de 150 francs sur parole. Les deux créances se sont formées sur la tête de deux personnes différentes. Mais, en l'espèce, Primus, connaissant l'existence de la créance qu'il a acquise par succes. sion, pouvait se procurer une preuve écrite de la nouvelle créance qu'il faisait naître volontairement.

Il semble raisonnable de l'obliger à la prouver par écrit. Au reste, quand les deux créances se sont formées sur la tête de l'auteur et sur celle de son héritier éventuel *avant* l'ouverture de la succession, elles procèdent, certainement de personnes différentes : au moment où il a contracté, le futur héritier n'avait pas encore ce titre ; il avait encore une personnalité distincte de l'autre créancier.

Mais la situation n'est plus la même quand la seconde créance a pris naissance après le décès du *de cujus*. C'est l'hypothèse actuelle : Primus, succédant à Tertius, succède à sa personne comme à ses droits ; les deux personnalités se confondent. C'est Primus en tant qu'héritier de Tertius qui est titulaire de la première créance ; c'est encore Primus, en la même qualité, qui a fait naître la deuxième. Les deux créances procèdent donc du même individu (1).

(1) Demolombe, t. VII, n° 67, p. 70.

Si, toutefois, Primus ignorait l'existence de la créance de son auteur, aucune faute ne saurait lui être reprochée et la preuve testimoniale serait recevable.

La restriction finale de l'article 1345 ne doit pas être étendue hors de ses termes.

Soit une personne possédant deux créances de 150 francs contre un tiers. Elle meurt en léguant l'une de ses créances à Primus, l'autre à Secundus. Ceux-ci ne pourront pas les établir par témoins. Le *de cujus* aurait dû se munir d'un écrit. Sa négligence doit retomber sur ses héritiers, car son décès ne peut changer la situation (1).

Avant de quitter l'article 1345, il reste à solutionner une question qui a soulevé une grave controverse dans la doctrine. Quelle est la sanction attachée à l'inobservation de l'article 1345 ?

On lit dans ce texte que, si plusieurs demandes formées dans la même instance excèdent, une fois jointes, la somme de 150 francs, la preuve testimoniale « n'en peut être admise ».

La difficulté consiste à découvrir la portée exacte de ce dernier membre de phrase. La preuve par témoins est refusée, soit ! Mais la preuve de quoi ? De chacune des créances considérées isolément, ou seulement de ce bloc de créances totalisées ?

Dans ce dernier cas, le créancier se verrait déchu du droit de prouver par témoins la demande collective qu'il a introduite, mais il pourrait toujours établir l'existence d'une ou plusieurs des créances qui n'excèderaient pas

(1) En ce sens Demolombe, loc. cit., n° 68, p. 72.

ensemble 150 francs (1). Dans le premier cas, au contraire, sa déchéance serait absolue et définitive (2).

La construction de la phrase semblerait donner raison au système le plus libéral. L'adverbe « en », grammaticalement parlant, se rapporte aux mots « demandes jointes ensemble », qui le précèdent immédiatement. En s'en tenant à la lettre de la loi, ce sont seulement ces demandes *réunies* qui ne pourraient pas être prouvées par témoins.

Mais on pourrait objecter, que le mot « en » peut aussi bien être rattaché à la phrase initiale de l'article et proposer la rédaction suivante comme répondant plus exactement à la pensée du législateur : « Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont...., la preuve de ces diverses demandes ne sera pas admise par témoins ».

Aussi est-il plus sûr de chercher des arguments ailleurs que dans le texte lui-même qui n'est pas suffisamment explicite.

On pourrait justifier l'admission de la preuve testimoniale de celles des créances dont le total est inférieur à 150 francs, par la considération que voici : Le créancier est, il est vrai, en faute, pour n'avoir pas fait constater par écrit des créances dont le chiffre, additionné à celui des créances précédentes, a fait monter leur total au-delà de 150 francs : pour celles-là, la déchéance du créancier s'explique. Mais il n'est pas fautif en ce qu'il n'a pas exigé d'acte écrit pour les premières créances, puisque,

(1) En ce sens : Laurent, t. XIX, n° 459. Colmet de Santerre, t. V, n° 318 *bis*.

(2) Demolombe Tr. des Contrats, t. VII, n° 69 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 762, p. 313, texte et note 35.

par hypothèse, elles étaient inférieures au chiffre fixé par la loi.

A quoi Demolombe répond (1) : Oui! il a commis une faute. Car, lorsque les nouvelles créances ont élevé le montant total à plus de 150 francs, la jonction des unes et des autres a fait naître l'obligation de passer acte de l'ensemble.

Mais le raisonnement de l'éminent auteur semble pécher par la base. Le créancier devra, dit-il, passer acte du total des créances inférieures à 150 francs, dès qu'une nouvelle créance survenant leur a fait dépasser ce chiffre. Où trouve-t-on l'obligation de passer un acte ? L'article 1345 ne prescrit rien de semblable. Il se borne à prononcer l'interdiction de la preuve par témoins pour les créances « dont il n'y a point de titre par écrit... et qui... jointes ensemble, excèdent la somme de 150 fr. »

Il s'agit précisément de savoir si cette interdiction doit être applicable distributivement à chacune d'elles ou seulement à la demande totale.

La nécessité de passer acte des premières créances qui, réunies, n'excèdent pas 150 francs, dépendra de la solution adoptée : si la loi veut dire que ces créances, prises isolément, ne pourront pas être prouvées par témoins, la rédaction de l'écrit est indispensable ; dans le cas contraire, elle sera inutile.

On voit donc que Demolombe veut établir son système en présentant comme nécessaire un acte qui ne possède ce caractère que si l'on adopte la solution qu'il propose.

En d'autres termes, il prétend résoudre la question par la question.

(1) Loc. cit., p. 75.

A l'encontre de la théorie de Demolombe, on peut argumenter encore au nom de la logique : est-il admissible qu'un créancier perde le droit de prouver par témoins un premier prêt, parce qu'il en fait un deuxième ?

D'autre part, la déchéance complète de la preuve testimoniale serait encourue seulement par le créancier qui aurait obéi à l'injonction de l'article 1346 et formé ses diverses demandes par un seul exploit ; tandis que, s'il introduit une première demande pour les créances inférieures à 150 francs, il pourra les établir par témoins, car l'article 1346 ne prononce que l'inadmissibilité des créances subséquentes.

Enfin, une dernière considération d'ordre plus général, est de nature à fortifier notre opinion : l'article 1345 contient une disposition très sévère ; par suite, on doit l'interpréter restrictivement.

III. — Examen de l'article 1346.

L'article 1346 porte que « toutes les demandes à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit. »

La raison d'être de cet article est évidente. Il constitue la sanction, ou mieux, le complément de l'article 1345 qui, sans lui, risquerait fort d'être inobservé.

Il est, en effet, facile de prévoir que le créancier de plusieurs sommes de 150 francs se garderait bien de les joindre en une seule demande pour se voir refuser la preuve par témoins, s'il avait la faculté de les réclamer

successivement. L'article 1346 apparaît donc comme le corollaire du précédent (1).

Cependant, une grande partie de la doctrine envisage ce texte d'une façon toute différente.

On reconnaît qu'il a partiellement pour but de prévenir la violation frauduleuse de l'article 1345. Mais son principal objet serait d'éviter la multiplicité des petits procès, d'économiser du temps et des frais aux plaideurs (2).

L'article 1346 embrasserait donc un champ bien plus vaste que les dispositions voisines. Il créerait une obligation nouvelle et distincte de la précédente que l'on devrait interpréter sans se préoccuper de l'harmoniser avec les autres articles du même titre.

Sur quoi se base-t-on pour donner à l'article 1346 une pareille portée ? Uniquement sur les termes absolus dans lesquels il est conçu.

Cette raison paraît bien faible quand on songe que ce texte est placé au cœur d'une matière d'ordre spécial, la recevabilité de la preuve testimoniale, et qu'il suit immédiatement une autre disposition qui, sans lui, resterait, le plus souvent, lettre morte.

Cette controverse a un intérêt pratique important : de l'opinion que l'on adopte sur ce point dépend la solution d'un certain nombre de questions.

Voici l'une de ces questions : L'obligation de former un exploit unique est-elle applicable quand les demandes réunies n'excèdent pas 150 francs ?

Dans notre système, la réponse devra être négative.

(1) Laurent, t. XIX, n° 462, p. 479 ; Demolombe, t. VII, n° 71, p. 77 ; Huc, t. VIII, n° 286, p. 363.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, § 762, p. 314, note 39 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 319 *bis*, I.

L'article 1346 complète l'article 1345 et doit être éclairé par ce dernier. Or celui-ci exclut la preuve par témoins dans le cas seulement où les demandes, jointes ensemble, excèdent 150 francs. Il admet donc cette preuve dans le cas inverse. Par suite, la mesure de précaution édictée par l'article 1346 se trouve entièrement inutile.

Dans le système contraire, on donne une réponse affirmative. L'examen du chiffre des créances n'a d'intérêt qu'en ce qui concerne la preuve. Ici, le législateur n'a plus en vue cet objet : il entend formuler une loi générale de procédure. Cette loi doit être appliquée sans tenir compte du montant des créances.

Voici encore une question dont la solution est subordonnée au parti que l'on prend dans la controverse que nous avons exposée. Doit-on étendre l'exigence de l'art. 1346 aux demandes « procédant par succession, donation ou autrement, de personnes différentes ? »

Ces demandes, échappant à la règle prohibitive de l'article 1345 qui les excepte formellement, ne tomberont pas, non plus, sous le coup de l'article 1346, si, comme nous le croyons, ce dernier article a pour unique objet de faire respecter l'article 1345.

L'exploit unique est-il imposé aux demandes ayant pour objet des droits et créances dont la preuve par témoins est exceptionnellement admissible en vertu des articles 1347 et 1348 ?

Ceux qui accordent à l'article 1346 une existence autonome disent ceci : il importe peu que la loi ait favorisé, quant à l'admission de la preuve, certaines créances non prouvées par écrit. En l'espèce, il ne s'agit nullement de la preuve. Il s'agit d'appliquer une prescription d'ordre

public conçue en termes absolus. A défaut d'une exception formelle, on ne peut y admettre aucune dérogation. D'autant plus, ajoutent-ils, que l'article 1346 a mentionné très explicitement les créances dont on n'a qu'un commencement de preuve écrite. Voici, en effet, les termes de cet article : « Toutes les demandes à quelque titre que ce soit *qui ne sont pas entièrement justifiées* par écrit... »

Cela comprend, évidemment, les créances qui ne sont justifiées que par un commencement de preuve par écrit.

Suivant l'opinion que nous avons adoptée, l'article 1346 sera inapplicable aux créances susceptibles d'être prouvées par témoins en vertu des articles 1347 et 1348. Personne, en effet, ne conteste que ces créances demeurent en dehors de la prohibition contenue dans l'article 1345. Comme conséquence directe, elles doivent échapper à l'obligation imposée par l'article 1346.

On trouve un sérieux point d'appui dans la rédaction des articles 1347 et 1348. Ces deux textes énoncent les deux exceptions à l'article 1341, relativement au commencement de preuve par écrit et à l'impossibilité de se procurer un écrit. Ils décident que, dans ces deux cas, « les règles ci-dessus reçoivent exception ».

Quelles sont les « règles ci-dessus » ? Ce sont toutes celles formulées par les articles 1341 à 1346, et, spécialement, par cet article 1346 qui précède immédiatement les deux exceptions. Impossible d'être plus précis. On nous opposait, tout à l'heure, le caractère absolu de l'article 1346. Nous trouvons, ici, l'occasion de rétorquer cet argument : les articles 1347 et 1348 ne souffrent aucune distinction entre les règles auxquelles ils apportent exception.

Cependant, les défenseurs du système adverse ne se

tiennent pas pour battus. Pour eux, la généralité des termes des articles 1347 et 1348 n'a pas l'importance que nous prétendons lui attribuer. L'article 1346 ne figurait pas, d'abord, dans le projet de Code civil ; il a été ajouté postérieurement à la rédaction de l'article 1347. « Il est donc permis de présumer, disent MM. Aubry et Rau, que la section de législation aura oublié, en l'insérant dans le Code, de faire à l'article 1347 le changement que cette insertion devait amener » (1).

Nous préférons croire que la section de législation a rédigé tous ces textes en parfaite connaissance de cause et qu'elle a laissé intentionnellement aux articles 1347 et 1348 leur formule absolue, malgré l'introduction de l'article 1346.

Un arrêt de la Cour d'Aix du 8 juin 1896 (2), donne une solution dans ce sens. Le demandeur avait introduit, par trois exploits différents, trois demandes, en vertu de créances bien supérieures à 150 francs. L'existence de ces créances n'était pas contestée et la difficulté roulait sur la compétence et sur la non-liquidité des créances.

La Cour décide que le demandeur est resté libre de former ses demandes autrement que par un même exploit, « l'article 1346 ne trouvant pas son application dans la cause, du moment où il ne s'est point agi pour lui d'éluder la règle prohibitive en matière de preuve testimoniale. »

Il y a certaines créances au sujet desquelles la controverse cesse. Ainsi, on admet à peu près unanimement que

(1) Aubry et Rau, loc. cit., p. 315, note 42; dans le même sens, Bonnier, I, n° 162.

(2) Décision approuvée par la C. de Cassation dans un arrêt du 27 novembre 1899, sous lequel elle est rapportée. D. P., 1900. 1. 226.

l'article 1346 n'est pas applicable aux créances nées postérieurement à l'introduction de l'instance (1), ni à celles qui n'étaient pas exigibles au moment où la demande a été formée (2). Dans les deux cas, le demandeur était dans l'impossibilité d'obéir aux prescriptions de la loi.

La même solution doit être adoptée lorsque les demandes doivent, à raison de leur nature, être portées devant des tribunaux différents. Il va de soi que le demandeur ne peut, alors, satisfaire à l'exigence de l'article 1346 relative à la rédaction d'un exploit unique.

On se demande quelle est la sanction de la non observation de l'article 1346.

D'après la plupart des auteurs, le créancier qui n'a pas fait figurer dans son exploit toutes les créances inférieures à 150 francs, ne sera plus reçu à faire valoir les créances ultérieures ; sa déchéance est absolue, et il est définitivement privé de toute action pour ces créances (3).

D'après les autres, le créancier serait seulement déclaré non recevable dans sa demande d'enquête, mais le fond du droit resterait intact. Il pourrait recourir à d'autres preuves que la preuve par témoins, par exemple, à l'interrogatoire sur faits et articles ou au serment (4).

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 762, p. 317 ; Demolombe, t. VII, n° 76, p. 84 ; Laurent, t. XIX, n° 467, p. 485.

(2) Certains auteurs enseignent, cependant, que le créancier doit mentionner dans sa demande les dettes non échues. C'est ajouter à la rigueur de l'article 1346 qui ne formule aucune exigence de ce genre. L'opinion que nous combattons est soutenue par Aubry et Rau (t. VIII, § 762, p. 316, texte et note 44) et par Huc, (t. VIII, n° 286, p. 362).

(3) Laurent, t. XIX, n° 468, p. 485 ; Bonnier, t. I, n° 162 ; Aubry et Rau, t. VIII. § 762, p. 317, texte et note 47 ; Baudry-Lacantinerie, Précis de Dr. Civil, t. II, n° 1267 ; Huc, t. VIII, n° 286, p. 362.

(4) Demolombe, Tr. des Contrats, t. VII, n° 77 ; Colmet de Santerre, t.V, n° 319 bis IV.

Nous nous rangeons à cette dernière opinion. Le texte, il est vrai, semble donner raison à la première, quand il dit : « Les autres demandes, dont il n'y aura point de preuve par écrit, ne seront pas reçues ». Mais il faut toujours en revenir au même point de départ. L'article 1346 est la suite de l'article 1345. Or, celui-ci prononce simplement l'inadmissibilité de la preuve testimoniale. Par conséquent, on est autorisé à dire que, dans l'article 1346, le législateur n'a pas entendu imposer une sanction plus grave. Quant aux mots « les demandes ne seront pas reçues », ils doivent être interprétés *secundum subjectam materiam ;* la demande ne sera pas reçue, en ce qu'elle tendrait à s'appuyer sur la preuve par témoins.

Le Tribunal civil de la Seine a rendu un jugement dans ce sens (1) : « Attendu, dit le Tribunal, que l'article 1346, en disposant que les autres demandes dont il n'y aura pas de preuve par écrit ne seront pas reçues, ne veut pas dire que l'action elle-même est purement et simplement non-recevable, mais que la partie est seulement déchue, en tant qu'elle en est réduite à invoquer à l'appui de sa demande la seule preuve testimoniale...».

(1) 26 novembre 1896. D. P. 1897. 2. 418.

CHAPITRE DEUXIÈME

SECONDE RÈGLE PROHIBITIVE

Section Première. — **Exposé et portée de la règle.**

La fin de l'article 1341 énonce une seconde prohibition dans les termes suivants : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs ».

La première règle concernait l'admission de la preuve testimoniale en l'absence de preuve écrite. La deuxième concerne le concours de ces deux preuves et indique celle qui doit l'emporter en cas de conflit.

La disposition finale de l'article 1341 est catégorique. Elle est la reproduction du principe des ordonnances, « Lettres passent témoins ».

Ainsi, sous l'empire du Code civil, quand les parties ont dressé un écrit relatant la convention intervenue entre elles, il leur est interdit de prouver contre et outre cet écrit. Elles ne peuvent prétendre que leurs accords réels ont été dénaturés et que le fait juridique n'est pas rapporté tel qu'il s'est passé.

Cela se justifie facilement. Quelle serait, en effet, l'utilité de la preuve écrite imposée par la loi au dessus de 150 francs, s'il était permis à l'une des parties de la réduire à néant par des dépositions de témoins ? Cela rendrait absolument illusoire le but que le législateur s'est proposé d'atteindre en prescrivant la preuve par écrit des faits juridiques, à savoir, donner la sécurité aux transactions et en assurer la preuve indiscutable à l'encontre des dénégations de la partie adverse.

Et le législateur a eu raison d'étendre la prohibition aux litiges inférieurs à 150 francs. Puisqu'un acte a été rédigé, il est tout naturel de s'y tenir, quelque minime que soit l'intérêt en jeu. Pourquoi recourir à une preuve incertaine comme la preuve par témoins, lorsqu'on a sous la main un écrit contemporain du fait allégué. « Quand un écrit a été rédigé, dit Bonnier, il semble aussi utile que raisonnable de ne pas chercher ailleurs le récit de ce qui s'est passé (1) ».

Est-ce à dire que la preuve écrite soit parfaite en tous points ? Certes, non ! Des omissions, des inexactitudes peuvent se glisser dans l'écrit quel que soit le soin qu'on ait apporté à le rédiger. Mais, entre deux maux, il faut choisir le moindre : « La loi présume avec raison que les déclarations de l'acte, quoique faillibles, présentent plus d'éléments de conviction que le témoignage oral (2) ».

Telle que nous venons de l'exposer, réduite à son expression la plus générale, la règle paraît très simple : aucune des parties n'est admise à soutenir par témoins l'existence d'un fait en contradiction avec les énoncia-

(1) Bonnier Tr. des preuves, n° 137.
(2) Baudry-Lacantinerie, Précis de D. Civ., t. II, p. 898.

tions de l'acte. Mais il convient d'entrer plus à fond dans l'analyse de la prohibition et d'en déterminer exactement la portée.

Soit une convention de prêt régulièrement constatée par écrit. Tout a été soigneusement stipulé dans l'acte : versement de la somme, intérêts, délai de remboursement du capital, etc.

Quelles objections l'emprunteur peut-il élever contre un pareil acte ?

Tout d'abord, il peut alléguer l'inexactitude des faits qui y sont mentionnés ; affirmer, notamment, que la somme versée est inférieure au chiffre indiqué, ou, même qu'elle n'a pas été versée du tout ; nier toute stipulation d'intérêts ou ne lui reconnaître qu'un taux inférieur à celui de l'acte ; opposer la concession d'un terme ou l'existence d'une condition. Tout cela rentre, sans aucun doute, dans les termes de la prohibition ; c'est prouver contre le contenu de l'acte, puisque la partie contestante veut établir qu'il n'a pas fidèlement reproduit les accords définitifs.

Mais que doit-on décider, si le défendeur, tout en reconnaissant la parfaite exactitude de l'acte, prétend qu'une convention modificative est intervenue verbalement depuis qu'il a été passé ? Pourra-t-il faire la preuve par témoins de cette convention, en supposant l'objet moindre que 150 francs ?

Un premier système admet l'affirmative. L'article 1341 interdit seulement de prouver ainsi la fausseté des énonciations contenues dans l'acte. On ne saurait, en l'absence de disposition formelle, exagérer une interdiction déjà sévère. En vertu de la liberté des conventions, les parties

ont pu modifier leurs accords écrits par un contrat verbal. Or, le fait d'invoquer ce contrat nouveau n'emporte pas contradiction du précédent. Celui-ci a vécu de son existence légale, interprète exact de la volonté commune des contractants, jusqu'au jour où il leur a plu d'en réaliser un autre, verbal celui-là, qui a pris la place du premier.

En outre, le texte de l'article 1341 se prête très bien à cette interprétation : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes » ; ceci est la règle fondamentale ; « ni sur ce qui serait allégué avoir été dit... etc. », voilà le développement, bien inutile d'ailleurs, de la règle. La partie ne sera pas admise à prétendre que des pourparlers antérieurs, concomitants ou postérieurs à l'acte, se sont engagés sur des bases différentes. Dans ces *dires* postérieurs à l'acte, que prévoit la loi, le système adverse prétend reconnaître ces conventions verbales modificatives de l'acte que le présent système veut soustraire à la prohibition.

Cette interprétation, dit-on, ne saurait être admise sous le régime de l'ordonnance de 1566 qui s'exprimait ainsi : « Aucune preuve n'est admise... sur ce qui serait allégué avoir été dit ou *convenu* avant icelui, lors ou depuis. » La convention nouvelle, modificative de l'acte, était formellement prévue.

Mais l'ordonnance de 1667 a supprimé le mot *convenu* et le Code civil ne l'a pas rétabli. Cette suppression n'est pas due à une inattention du rédacteur. Elle a un sens bien précis ; elle manifeste l'intention de laisser hors du domaine de l'article 1341 les conventions verbales formées après la passation de l'acte et modifiant son contenu.

A cet argument on ajoute une raison morale. Le défendeur n'a pas à s'imputer une faute ou négligence pour n'avoir pas exprimé dans l'acte un fait juridique qui s'est produit bien après sa conclusion.

Ce système a été habilement exposé et défendu par M. Colmet de Santerre (1).

L'argumentation est spécieuse, mais elle procède d'une fausse compréhension de l'article 1341. Il est très vrai que prouver l'existence d'un nouvel accord verbal modifiant l'acte écrit, ce n'est pas attaquer la véracité de cet écrit. Mais on doit remarquer que le texte ne restreint pas la prohibition de la preuve testimoniale à cette dernière hypothèse. Il emploie des termes bien plus généraux : « On ne pourra prouver par témoins contre et outre le contenu des actes. »

Qu'est-ce donc que prouver contre le contenu d'un acte?

C'est prétendre que la situation juridique des parties, telle qu'elle résulte de cet acte, n'est pas conforme à la réalité. Par exemple, l'acte porte qu'une pièce de terre a été vendue 150 francs et, en fait, la vente a été faite pour le prix de 100 francs. Cette dernière prétention peut être fondée sur deux moyens : l'acquéreur peut alléguer l'inexactitude de l'acte de vente, ou opposer une convention verbale qui a modifié le prix. Dans les deux cas, il demande à prouver contre l'acte.

Quant au dernier membre de phrase de l'article 1341, voici comment nous l'interpréterions. Dans ce texte, le législateur explique ce qu'il entend par « prouver contre et outre les actes ». C'est, d'abord, alléguer ce qui a été

(1) Tome V, n° 315 *bis* XX. Dans le même sens : Laurent, t. XIX, n° 481, p. 501; Huc, t. VIII, n° 287, p. 364 et s.

dit avant les actes ou lors des actes. Nous sommes, alors, dans l'hypothèse d'un acte taxé d'inexactitude : l'écrit relate autre chose que ce qui a été arrêté entre les contractants. On veut lui opposer ce qui a été dit, c'est-à-dire convenu, *avant* l'acte, quand celui-ci a été rédigé quelque temps après l'accord des volontés, *lors de l'acte*, quand ce dernier a été passé à l'instant même où les parties sont définitivement tombées d'accord.

C'est encore opposer ce qui a été convenu *depuis* l'acte ; la loi prévoit, ici, la convention modificative conclue verbalement postérieurement à l'écrit.

Ce système a l'avantage de ne pas faire de la disposition finale de l'article 1341 une pure et simple redondance.

On a allégué l'impossibilité pour les parties de mentionner sur l'acte une convention verbale conclue ultérieurement.

Or, rien ne les empêche de rédiger un nouvel écrit, ou mieux, de constater la modification dans un renvoi en marge de l'acte original, comme cela se fait couramment, du reste, dans la pratique (1).

Section Deuxième. — **Conditions d'application de la règle.**

§ I.

Il faut d'abord que la preuve testimoniale soit dirigée contre un *acte* (2).

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, t. VIII, § 763, texte et note 6 ; Demolombe t. VII, n° 87 ; Baudry-Lacantinerie, Précis, t. II, n° 1270.

(2) Demolombe, t. VII. n° 79 *bis*, p. 91 ; Laurent, t. XIX, n° 476, p. 492 ; Huc, t. VIII, n° 288, p. 366.

Tous les écrits ne sont pas des actes ; ils revêtent ce caractère lorsqu'ils sont rédigés spécialement dans le but de servir à prouver un fait, en cas de contestation.

Les lettres missives, les registres et papiers domestiques les notes sur feuilles volantes ne sont pas des actes. Ces documents ont, pourtant, une certaine force probante, puisque la loi les admet comme commencements de preuve par écrit, capables de livrer passage à la preuve testimoniale. Mais, en revanche, on peut en attaquer le contenu et les contredire à l'aide de cette même preuve.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 21 novembre 1889 (1) a autorisé la preuve par témoins à l'encontre d'un certificat relatant certains faits contestés par l'une des parties.

Les motifs de l'arrêt ne sont pas très explicites en ce qui concerne la nature de ce document. Il semble en ressortir qu'il n'émanait d'aucune des parties en cause, mais d'un tiers. Dans ces conditions, les faits qu'il relatait n'avaient pas plus de valeur que s'ils avaient figuré dans une déposition orale, et la Cour a eu raison d'en ordonner la vérification par tous les moyens de droit, même par témoins.

Mais, provenant de l'adversaire au procès, un certificat peut être un écrit très probant, s'il possède le caractère d'un acte.

§ II.

L'acte contre lequel la preuve par témoins n'est pas recevable doit réunir toutes les conditions exigées par la loi pour sa validité.

(1) D. P. 1890, 1. 406.

Si cet acte est nul ou inexistant faute de l'accomplissement d'une formalité indispensable, le défendeur n'a qu'à faire prononcer ou constater judiciairement la nullité ou l'inexistence. Inutile pour lui d'en faire la preuve contraire, puisqu'il a le moyen de le réduire à néant.

Tel serait le cas d'une donation entre vifs passée sous seing privé, contrairement à l'article 931 du Code civil, qui lui impose la forme notariée à peine de nullité.

L'inobservation de certaines formalités, sans détruire entièrement la valeur probante d'un acte, peut lui en enlever une partie. Il ne fait plus foi complète de la vérité de son contenu ; il vaut seulement comme commencement de preuve par écrit. Il peut, alors, contribuer à établir le droit de celui qui le produit, s'il est accompagné d'une enquête concluante. L'adversaire pourra faire la preuve contraire par témoins, même si le litige excède en valeur 150 francs, car l'autorisation, pour l'un des plaideurs, de faire entendre des témoins, emporte un droit identique pour l'autre partie (art. 256, C. de procédure civile).

Nous verrons, en étudiant le commencement de preuve par écrit, quels sont les actes irréguliers en la forme qui peuvent servir de commencement de preuve.

L'interdiction de prouver contre le contenu des actes n'enlève pas à l'une ou l'autre des parties le droit de discuter la réalité matérielle de ces actes. Il y a là une question préalable à vider ; car si l'acte constitue un faux, il n'a pas d'existence légale et il n'est pas besoin de preuve contraire pour l'infirmer.

L'acte sous seing privé non reconnu n'a, on le sait,

qu'une valeur provisoire. Le défendeur à qui il est opposé peut désavouer formellement sa signature, ou son écriture, quand tout ou partie de l'acte doit être de sa propre main (art. 1323 Code civil).

Sur cette dénégation, la vérification est ordonnée par la justice (art. 1324 C. civ.) et, pour y procéder, le juge pourra s'aider de titres, d'experts et de témoins. (Art. 195 C. proc. civ.). Ceci s'explique très rationnellement : le fait à établir est purement matériel, puisqu'il s'agit de savoir si telle personne a réellement rédigé et signé l'acte.

L'acte authentique n'est pas sujet à la vérification d'écriture. Il fait foi par lui-même de sa rédaction par le notaire.

Cette présomption d'authenticité peut être combattue, mais seulement par la procédure compliquée de l'inscription de faux. (Art. 214 à 251 C. proc. civ.). Ce faux, dit *faux matériel*, est susceptible de preuve par témoins. La rédaction et la signature de l'acte par un tiers qui a imité l'écriture du notaire, constituent des faits purs et simples, et ce n'est pas prouver contre le contenu de l'acte que de chercher à établir la supercherie dont un faussaire s'est rendu coupable.

Il existe, à côté du faux matériel, le faux désigné par les auteurs sous le nom de *faux intellectuel*. Celui-ci n'est pas imputable à un tiers. Il est l'œuvre du notaire lui-même qui a rédigé et signé l'acte en sa qualité, mais y a fait figurer des énonciations contraires à la vérité.

Par quel mode de preuve et par quelle procédure peut-on combattre l'exactitude de ces énonciations ?

Distinguons, en premier lieu, les faits dont le notaire a eu la connaissance directe. On ne peut les déclarer faux

sans attaquer la véracité de l'officier ministériel : telles sont les déclarations relatives à la présence des témoins ou des parties, à l'engagement pris par une des parties envers l'autre devant le notaire, à la remise d'une somme sous ses yeux. Tous ces faits, dûment relatés dans l'acte, ne sauraient être contredits, en dehors de l'inscription de faux.

Comment les combattra-t-on, si l'inscription de faux est admise ? Les faits purs et simples, par témoins ; les faits juridiques, notamment les conventions, paiements etc., par écrit seulement, car l'article 1341 est, ici, applicable ; à moins que le demandeur n'ait pas eu la possibilité de se procurer un écrit par suite de la fraude du notaire ou de l'autre contractant.

En fait, il en sera le plus souvent ainsi ; et cela explique la disposition de l'article 232 (C. proc. civ.) qui, statuant *de eo quod plerumque fit,* décide que « les moyens admis seront prouvés tant par titres que par témoins devant le juge commis. »

La doctrine est en ce sens (1).

Certaines mentions de l'acte authentique peuvent être attaquées sans recourir à l'inscription de faux, parce que leur discussion ne met pas en cause la véracité du notaire. Ce sont les déclarations des parties dont le notaire n'a pas été à même de contrôler la sincérité. Par exemple, Primus déclare devant notaire avoir reçu, la veille, de Secundus, le paiement d'une somme. L'officier ministériel qui rédige la quittance prendra acte de cette déclaration et lui donnera le cachet de l'authenticité. Mais

(1) Garsonnet Traité de Proc. civile, t. II, p. 466, note 5. Chauveau et Carré. C. de Proc. Civ. t. II, p. 424, question 919 *bis*.

l'acte notarié ne fera pas foi jusqu'à inscription de faux de la sincérité du dire formulé. La preuve contraire pourra être administrée, sous la restriction de l'article 1341.

Aux termes de l'article 1320 C. civ., les simples énonciations qui ont un rapport direct avec les dispositions principales, font foi entre les parties, comme ces dispositions elles-mêmes. Si les énonciations n'ont qu'une relation indirecte avec la convention, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit, et l'on peut les combattre à l'aide de la preuve par témoins.

La jurisprudence nous en offre un exemple topique : Un contrat de mariage donnait aux parties la qualification de « futurs époux », et parlait du « mariage proposé. » Une des parties voulait en tirer la preuve authentique que le contrat avait précédé l'union civile, conformément à l'article 1394 C. civ. La Cour de cassation a repoussé cette déduction et admis le contestant à faire la preuve par témoins de l'antériorité du mariage.

Il est utile de noter qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, de prouver quel jour avait été célébré le mariage ; cela ne peut être établi, en principe, que par l'acte de mariage. Mais le contrat de mariage avait eu lieu le même jour que le mariage et la question était de savoir lequel de ces deux événements avait précédé l'autre (1).

§ III.

Certains faits étrangers à l'acte peuvent avoir une influence sur ses conséquences juridiques, sans constituer, toutefois, une modification à son contenu. Ils ne tombent

(1) Cass., 18 août 1840. Dev. et Car. 1840. 1, 785.

pas sous l'application de l'article 1341 *in fine*, tout en restant soumis à la première règle édictée par ce texte.

Ainsi, il n'y a pas de preuve contraire à l'acte dans le fait d'établir qu'un tiers, qui n'y figure pas, s'est porté caution du débiteur principal. Mais la preuve par témoins de l'obligation de la caution ne sera pas recevable si cette obligation excède 150 francs.

Autre espèce : un curateur à succession vacante trouve dans les papiers de la succession un billet à l'ordre d'une personne non dénommée et souscrit par un tiers. Le tiers est actionné en paiement ; mais il oppose l'existence d'un mandat, par lui donné au détenteur du billet, de lui trouver un bailleur de fonds.

Pourra-t-il faire la preuve du mandat, sans contredire le billet ?

Certainement, à notre avis. Le billet ne constate qu'une chose : l'obligation du souscrivant. Il est muet sur la personne du bénéficiaire. Le souscrivant est recevable à établir que le bénéficiaire est un tiers que le possesseur du billet avait mandat de découvrir. La preuve de ce mandat sera soumise aux règles du droit commun (1).

§ IV.

Les exceptions des articles 1347 et 1348 sont applicables à la prohibition de prouver contre et outre le contenu des actes (2). Cette preuve sera donc admissible quand celui qui l'invoque apporte un commencement de preuve par écrit, ou justifie de l'impossibilité où il s'est trouvé de se procurer une preuve écrite.

(1) Cass. 14 juin 1892, Pandectes Françaises 1893, VII, 100.
(2) Demolombe, t. VII, n°s 107 et 146 ; Huc, t VIII, n° 289, p. 367.

Section Troisième. — **Applications pratiques.**

Les principes de la seconde règle de l'article 1341 étant connus, nous allons passer en revue quelques applications pratiques, dont certaines ont soulevé de graves controverses.

Nous examinerons, d'abord, un petit nombre d'hypothèses où se trouvent réalisées, incontestablement, les conditions exprimées dans la section précédente.

Après cela, il y aura lieu de dire un mot de trois cas spéciaux sur lesquels la doctrine est divisée : l'extinction des obligations par le paiement ou la remise de dette, la date de la convention et l'interprétation de l'acte.

§ 1. — *Modifications à l'acte.*

On a vu qu'il y a deux façons de prouver contre le contenu des actes : en prétextant une inexactitude de l'écrit, ou en alléguant une convention verbale ultérieure modifiant les accords primitifs.

Nous avons donné quelques exemples qu'il serait facile de multiplier, car la jurisprudence est particulièrement riche en décisions sur cette matière.

En voici quelques-unes. Un créancier hypothécaire rembourse un autre créancier dont le rang est antérieur au sien. L'acte sous seing privé relatant le paiement constate, en même temps, que le créancier remboursant a

requis sa subrogation légale dans l'hypothèque du créancier remboursé, en vertu de l'article 1251 1° C. civ. L'existence de cette subrogation, qui est la conséquence directe du paiement, ne peut pas être combattue par des allégations sur ce qui aurait été dit en dehors de l'acte de quittance (1).

La clause suivante a été stipulée dans un bail à ferme : « Le preneur sera tenu des cas fortuits prévus ou imprévus ». L'article 1773 décide qu'une pareille clause est censée comprendre même les cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, l'inondation, etc.

Le preneur ne serait pas recevable à prouver par témoins qu'en fait l'intention réelle des parties avait été de le décharger des cas fortuits extraordinaires (2).

Par acte sous seing privé, un immeuble a été vendu avec déclaration qu'il est libre de toutes charges. L'acquéreur, à peine entré en jouissance, reçoit d'un tiers porteur d'un bail authentique, sommation d'abandonner l'immeuble. Une instance est engagée et, sur l'appel en garantie de l'acheteur, le vendeur demande à prouver par témoins que ce dernier connaissait l'existence du bail. Or, cette allégation est en contradiction formelle avec les termes de l'acte, qui présente l'immeuble comme exempt de toute charge. La Cour de cassation a donc eu raison de décider (3), dans une espèce de ce genre, que « les faits admis en preuve, sans articuler, d'ailleurs, ni manœuvre frauduleuse, ni dol, tendent à établir, outre et contre la teneur de l'acte, que l'acquéreur avait réellement connu et accepté la charge du bail litigieux et, de plus, que les

(1) Cassation 13 mars 1872, D. P. 1872, 1, 255.
(2) Dalloz, Répert. V° obligations, n° 4719.
(3) 5 janvier 1874. D. P. 1874, 1. 12.

parties, dans les négociations de leur traité, auraient pris cette charge en considération pour la fixation du prix de vente ». L'articulation d'un fait de fraude aurait rendu la preuve testimoniale admissible, conformément à l'art. 1348.

Une autre application exacte des principes est donnée dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 mai 1842 (1).

Un propriétaire avait chargé un entrepreneur de faire des réparations à son immeuble. Un acte avait été passé par écrit pour fixer les obligations respectives des parties. Il avait été convenu, notamment, que les travaux seraient terminés dans un délai de quinze jours, sous peine de dommages-intérêts à la charge de l'entrepreneur.

Les travaux se prolongèrent bien au-delà du temps fixé. Sur l'instance en dommages-intérêts introduite contre lui, l'entrepreneur demanda à prouver par témoins que des changements dans l'exécution des travaux, changements autorisés ou demandés par le propriétaire, avaient été la cause de ce retard. C'était vouloir établir une modification verbale à l'acte écrit. La Cour repoussa très justement cette prétention.

Seront encore écartées toutes demandes d'enquête tendant à démontrer qu'un prix de vente est supérieur ou inférieur à celui indiqué dans l'acte; que la vente comprend d'autres objets que ceux limitativement énumérés; que les parts apportées par des associés pour la formation du capital social sont différentes de celles qui ont été déterminées dans l'acte de société.

Ce serait également prouver contre le contenu de

(1) Devill. et Carette, 1842. 1. 797.

l'acte que de prétendre établir par témoins la fixation d'un lieu de paiement autre que celui désigné dans l'acte, ou de désigner un lieu spécial, alors que, l'acte étant muet sur ce point, c'est à la disposition de l'article 1247 qu'il faut se référer.

L'interprétation des actes par la preuve testimoniale est recevable, ainsi que cela sera exposé plus loin. Mais sous le prétexte d'interpréter un acte, il faut se garder d'y apporter une véritable modification.

On prétendait le faire dans un procès soumis à la Cour de cassation (1). Un immeuble a été vendu par acte sous-seing privé. Une clause du contrat charge l'acquéreur de payer, par délégation, son prix « entre les mains des « créanciers inscrits, avec intérêt à 5 0/0 ». Cette clause n'oblige l'acquéreur que vis-à-vis de l'ensemble des créanciers. Un ou plusieurs d'entre eux ne pourraient pas prouver par témoins que la délégation les visait spécialement. Ce serait prouver à l'encontre de l'acte qui ne désigne aucune personnalité particulière.

Il est certain qu'ainsi interprétée, la clause est le plus souvent inutile. La délégation a pour résultat de créer, pour chaque créancier, un droit personnel contre l'acquéreur, chacun pour la somme à laquelle il pouvait prétendre comme créancier hypothécaire ; elle ne peut avoir un autre effet. Or, dans le cas le plus ordinaire, où l'acquéreur procède à la purge et où un ordre est ouvert sur le prix, le bordereau de collocation amène une conséquence identique. On admet, en effet, généralement, que ce titre est exécutoire, pour la somme qu'il exprime, sur tous les biens du tiers-détenteur (2).

(1) Arrêt du 1er décembre 1897 : D. P. 1900. 1. 319 et la note.

(2) Rousseau et Laisney. Dict. de procédure civile vo Ordre, no 1186.

Mais, parce qu'une clause écrite est sans portée pratique, on ne peut autoriser les intéressés à prouver par témoins qu'elle a été mal rédigée et qu'elle ne correspond pas à l'intention réelle des parties. L'article 1341 s'y oppose.

Il y a ici un motif d'autant plus fort de se montrer rigoureux, que la prétendue stipulation aurait une conséquence très grave : obliger l'acquéreur à verser son prix en mains d'un créancier qui n'est peut-être pas le premier en rang d'hypothèque, et l'exposer à la nécessité de payer une seconde fois, sur les poursuites d'un créancier de rang préférable.

Dans les espèces ci-dessus rapportées, les inexactitudes reprochées à l'acte sont supposées provenir d'une négligence, d'une omission, en un mot, d'un fait *involontaire*.

Mais, quelquefois, la partie ou le tiers qui attaque l'acte soutiendra qu'il contient des déclarations *intentionnellement* fausses et qu'on est en présence d'une *simulation*.

On peut se poser une double question au sujet de la simulation dans les conventions. Peut-on prouver la simulation ? Si on le peut, est-il admissible de recourir à la preuve testimoniale pour l'établir ?

Que les tiers puissent établir la simulation et qu'ils puissent le faire par tous les moyens, cela ne soulève aucune difficulté. Les conventions et les actes ne lient que les parties contractantes, et, d'autre part, il a été impossible à un tiers qui n'a pas figuré au contrat de s'en procurer une preuve écrite (1). Nous en reparlerons plus loin. La question ne se pose donc qu'entre les parties.

(1) Huc, t. VIII. n° 288, p. 366.

Un des contractants peut-il être reçu à prouver que l'acte passé, par exemple, sous l'étiquette d'un contrat de vente, n'est autre chose qu'une donation ?

On est tenté de répondre, *à priori*, qu'il pourra le faire.

C'est aussi notre avis ; mais la solution n'est pas aussi évidente qu'elle le paraît au premier abord.

En effet, la situation n'est pas la même que lorsqu'une omission ou une inexactitude involontaire est alléguée. Dans ce dernier cas, le contestant émet une prétention fort recevable en soi. L'acte qui porte sa signature prouve, assurément, qu'il a adhéré à son contenu ; mais il n'y a rien de contradictoire à soutenir qu'il y a eu un malentendu, que la partie n'a pas interprété la clause dans le sens qu'on lui prête aujourd'hui, qu'elle en a compris imparfaitement la portée, ou même qu'elle l'a signée distraitement et sans se rendre un compte bien exact de l'obligation à laquelle elle se soumettait. Cela est parfaitement compréhensible, sinon excusable, et l'on comprend que la loi, tout en défendant aux parties d'en appeler au témoignage d'autrui pour détruire la valeur de l'acte auquel elles ont souscrit, leur reconnaisse le droit de produire un autre écrit en sens contraire.

Mais, dans le cas de simulation, il n'en va plus de même. « Je ne discute pas, dit le demandeur, que l'acte ne rapporte très exactement l'opération juridique intervenue avec mon co-contractant ; je reconnais, au contraire, qu'elle a été fidèlement relatée. Mais je prétends qu'elle n'est qu'une apparence trompeuse, sous laquelle nous avons dissimulé, d'un commun accord, un contrat tout différent ».

La première observation que ce raisonnement suggère,

en dehors de toute considération juridique, c'est qu'ayant reconnu un fait librement, on serait mal venu à soutenir, ensuite, que l'on a menti délibérément. En traduisant ce sentiment en style juridique, on dira : l'écrit constitue un aveu ; or l'aveu écrit possède une force péremptoire, car il présente autant de certitude que l'aveu judiciaire, lequel, aux termes de l'article 1356, « fait pleine foi contre celui qui l'a fait ».

C'est précisément cette valeur définitive de l'aveu extrajudiciaire qui semble discutable. Oui, l'aveu fait en justice n'est pas susceptible de rétractation, car il a pour garantie de sincérité et d'indépendance le milieu où il est prononcé et les circonstances qui l'accompagnent. Il fait pleine foi, décide l'article 1356 C. civ.

Mais en est-il de même de l'aveu fait hors de la présence des juges ? Le silence du texte à son égard paraît bien indiquer que la même foi ne lui est pas accordée. C'est à l'aveu judiciaire que l'article 1350, 4° C. civ. attache une présomption légale de vérité. Rien de semblable pour l'aveu extrajudiciaire. Il n'entraîne qu'une présomption simple de vérité qu'il appartient au juge de peser.

Il entrera donc dans le rôle du magistrat d'examiner si l'aveu écrit a été suffisamment réfléchi et s'il est réellement sérieux (1).

Or, comme le dit très justement M. Boistel, professeur à l'Université de Paris (2), le fait même pour une partie d'alléguer la simulation prouvera, le plus sou-

(1) En ce sens Huc, t. VIII, n° 347, p. 447 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 751, p. 180, texte et note 42 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 332 bis III ; Baudry Lacantinerie, Précis, t. II, n° 1304.

(2) Voir note sous C. d'app., Paris, 27 avril 1896, D. P., 1898, II, 257.

vent, qu'elle n'a jamais « eu l'intention que son adversaire pût se prévaloir contre elle de ce prétendu aveu ». C'était là un aveu pour la forme, un aveu de complaisance, peut-être ; mais cela n'a jamais été un aveu capable de lier définitivement son auteur.

La preuve de la simulation sera donc admissible.

Sera-t-elle recevable par témoins ?

Ici, nous pouvons répondre hardiment que non. L'article 1341, dans sa disposition finale, s'y oppose formellement. L'allégation de simulation est la contradiction la plus radicale que l'on puisse opposer à un acte (1).

Mais si l'article 1341 est applicable, ses exceptions le sont également : le commencement de preuve par écrit et l'impossibilité de se procurer un écrit livreront passage à la preuve testimoniale.

L'impossibilité de se procurer un écrit constatant la simulation sera toujours réalisée quand le consentement de l'une des parties aura été arraché par violence ou extorqué par dol. C'est l'application pure et simple de l'article 1348 que nous examinerons plus loin (2).

Le consentement des parties peut avoir été donné en l'absence de tout dol et être l'œuvre d'une volonté parfaitement indépendante. Pourtant, même dans cette hypothèse, un élément de fraude a pu vicier le contrat : les parties n'ont pas cherché à se tromper mutuellement,

(1) Jurisprudence en ce sens. Cass., 14 Juin 1899, D. P. 1899, I. 344. Voir dans la doctrine : Larombière t. V, art. 1348, n° 18 ; Demolombe, t. VII, n° 181. Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 351, texte et note 25 ; Bonnier I, 142 ; Laurent, t. XIX, n° 590, p. 612.

(2) En ce sens : Cass. 10 juillet 1899, D. P. 1899, I., 368 ; 31 janvier 1900, D. P. 1900, I, 80. Aubry et Rau, loc. cit., p. 351, texte et note 26.

mais elles se sont unies en un concert frauduleux pour violer une loi d'ordre public.

Celui des contractants qui demande à prouver la simulation peut-il recourir à la preuve par témoins pour démontrer la fraude à la loi ?

L'affirmative est généralement admise (1).

Est-ce parce que le réclamant n'a pas pu se procurer une preuve écrite de la fraude ? Certainement, il aurait été très dangereux pour lui d'exiger de son complice l'échange d'une contre-lettre qui aurait constitué une menace permanente suspendue sur sa tête (2). Mais, ainsi que le dit M. Boistel, « il serait choquant de voir la partie trouver une excuse dans son désir d'échapper à la sanction de la loi. » Il vaut mieux fonder l'admission de la preuve testimoniale sur une autre base : le consentement donné à la simulation est frappé de nullité, parce qu'il viole l'article 6 du Code civil qui interdit de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. « C'est donc, uniquement, en cas de simulation cachant une convention ou une disposition licite, que l'article 1341 reprendra tout son empire et que la preuve testimoniale sera refusée *inter partes* » (3).

§ II. — *Extinction des obligations.*

L'article 1341 s'oppose-t-il à ce qu'un débiteur puisse prouver par témoins le fait de sa libération résultant, soit

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 351, texte et note 28.

(2) Demolombe, t. VII, n° 185, p. 180 ; Laurent, t. XIX, n°s 594 et s., p. 616.

(3) Note de M. Boistel précitée.

du paiement, soit de la remise de sa dette, quand cette dette est constatée par écrit ?

On suppose, bien entendu, que le prétendu paiement est inférieur à 150 francs. Au-dessus de ce chiffre, la preuve testimoniale devrait être rejetée, conformément à la première règle de l'article 1341.

Pothier admettait la preuve par témoins du paiement ; car, dit-il, « le débiteur, en demandant à prouver ce paiement, ne demande pas à prouver une chose contraire à l'acte qui renferme son obligation ; il n'attaque point cet acte, il convient de tout ce qui y est contenu » (1).

Pothier reconnaît, du reste, un peu plus loin, que son opinion n'est pas celle des praticiens de son temps : « Par une mauvaise interprétation qu'on a donnée de l'ordonnance, on refuse la preuve testimoniale des paiements d'une dette dont il y a un acte écrit. » (2)

Toutefois, Guyot, approuvant l'opinion de Pothier, cite deux arrêts en faveur de la preuve testimoniale, l'un du Parlement d'Aix daté de 1640, l'autre de la Cour des aides de Paris rapporté au Journal du palais sous la date du 30 août 1682 (3).

La non-admission de la preuve par témoins, sous l'empire des ordonnances, était motivée par un argument tiré des textes du droit romain : « Cet usage, dit encore Guyot, est, sans doute, fondé sur la loi 18 *C. de Testibus* et la Novelle 90, qui veulent que le paiement d'une dette dont il y a obligation par écrit ne puisse être prouvé que par écrit ou par la déposition uniforme de cinq témoins ayant assisté à la numération des deniers. »

(1) Pothier, Tr. des oblig., t. V, p. 296.
(2) Pothier, loc. cit.
(3) Guyot, répertoire de jurispr. v° preuve § III, p. 580.

La controverse s'est continuée sous le régime du Code civil. Mais il convient d'indiquer qu'aujourd'hui, la tendance presque unanime des auteurs est d'autoriser la preuve testimoniale du paiement de la dette constatée par écrit (1).

Les adversaires de ce système raisonnent de la manière suivante. Admettre le débiteur à prouver par témoins qu'il a payé sa dette, c'est, disent-ils, l'autoriser à démontrer que l'effet juridique du contrat, c'est-à-dire l'obligation, a cessé d'exister. Il importe peu que le débiteur de mauvaise foi affirme qu'il a payé, ou qu'il prétende n'avoir jamais rien dû : de toutes façons, si sa prétention est admise, il se soustrait à l'obligation qu'il a contractée. Le résultat étant le même, les précautions prises par la loi dans l'article 1341 doivent s'appliquer aux deux hypothèses.

Mais si on examine les termes de l'article 1341, on constate que ce texte, tel qu'il est conçu, ne peut viser le paiement ou la remise de dette.

Il interdit, en effet, la preuve « contre et outre le contenu des actes. » Non seulement l'allégation du paiement de la dette ne contient pas une dénégation de celle-ci, mais elle suppose même la reconnaissance implicite de son existence passée. Si le débiteur a exécuté l'obligation, c'est qu'il l'a jugée bonne et valable. Cette exécution a entraîné l'extinction du droit du créancier ; mais c'est là la destinée normale de toute obligation.

(1) Aubry et Rau, t. VIII, p. 321. Demolombe Tr. des Contr. t. VII, p. 100. Laurent, t. XIX, n° 483, p. 503. Baudry-Lacantinerie, t. II, p. 898, n° 1271 ; Huc, t. VIII, n° 287, p. 366 ; Contrà : Larombière Tr. des obligations art. 1341, n°s 29 et s. t. V, p. 28.

Cet argument de texte suffit à trancher le débat. Mais on peut apporter encore une autre raison pour justifier la différence de situation faite à la partie qui allègue une modification de l'acte et à celle qui allègue le paiement.

Dans le premier cas, avons-nous dit, les parties avaient pu inscrire la modification en marge de l'acte primitif. En effet, quand on veut apporter un changement à des accords écrits, il est d'usage d'avoir l'écrit sous les yeux. Pour modifier une convention, il faut d'abord en connaître les termes.

En matière de paiement, la même facilité n'existe plus. Le débiteur paie sa dette quand il a la somme nécessaire à sa disposition. Il n'a pas besoin pour cela de son titre et, en fait, il ne l'aura pas sur lui, en supposant même qu'il en possède un ; car, dans bien des cas, son obligation étant unilatérale, un seul écrit aura été dressé et sera en la possession du créancier.

Une dernière difficulté reste à résoudre au sujet du paiement. La preuve peut s'en faire par témoins, lorsque la somme payée est inférieure à 150 francs. Mais un doute peut s'élever quant à l'exactitude de cette proposition énoncée d'une façon aussi absolue.

L'admissibilité de la preuve testimoniale est certaine quand le paiement est extinctif de la totalité de la dette. En sera-t-il de même quand le paiement est déclaré ou reconnu avoir été fait en acompte ou en solde d'une obligation supérieure à 150 francs ?

On a cherché dans l'article 1344 un motif de décider négativement. D'après ce texte, la preuve testimoniale sur la demande d'une somme, même moindre de 150 fr., ne peut être admise « lorsque cette somme est déclarée

être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit ».

Cette disposition paraît absolument étrangère au paiement. Cela résulte, en premier lieu, des expressions employées par le législateur : il parle « de la demande d'une somme » qui ferait partie d'une créance plus forte. Cette formule indique nettement que la prohibition frappe le créancier qui demande l'exécution de l'obligation, et non le débiteur qui veut établir qu'il l'a acquittée (1).

En outre, la situation est tout à fait différente. La loi interdit la preuve par témoins quand l'intérêt litigieux excède 150 francs au moment de la naissance du fait juridique, parce que, dès cet instant, la partie intéressée devait faire rédiger un écrit. Si elle a négligé de le faire, elle supportera les conséquences de sa faute, alors même que, sa créance ayant été partiellement payée, elle n'ait plus à en réclamer qu'une partie inférieure à 150 francs. En l'absence d'écrit, la créance supérieure à ce chiffre ne peut pas être prouvée par témoins, soit en totalité, soit en fractions.

Or, en matière de paiement, quel est le fait juridique dont la preuve doit être rapportée ? Ce n'est pas l'existence de l'obligation, c'est le versement de fonds opéré en exécution de cette obligation. Si le paiement est fait en plusieurs versements, chacun d'eux est un fait juridique indépendant des autres ; pour chacun un écrit doit être passé, s'il excède 150 francs. Moyennant cela, le débiteur est en règle vis-à-vis de l'art. 1341. On ne peut exiger de lui davantage.

(1) Cass. 19 juin 1810. Sirey 1810. 1. 318 et la note.

Néanmoins, s'il était reconnu que le débiteur n'a fait qu'un seul paiement de la totalité de la créance et qu'il prétexte plusieurs paiements partiels inférieurs à 150 francs afin de pouvoir prouver chacun d'eux par témoins, la solution ne serait pas la même : le débiteur aurait, alors, violé l'article 1341 en n'exigeant pas une quittance écrite. La preuve par témoins devra lui être refusée ; nous ne dirions pas que c'est en vertu de l'article 1345, car il paraît viser exclusivement lui aussi les demandes, et non les défenses à ces mêmes demandes. C'est, tout simplement, par application de l'article 1341 (1).

§ III. — *Date de la Convention.*

La date est un des éléments du contrat, élément d'une importance souvent capitale.

Il y a donc un grand intérêt à se demander 1° si l'on peut prouver par témoin la date d'une convention, quand l'acte est muet sur ce point ; 2° s'il est possible d'établir par la même preuve que l'acte a été passé à une date différente de celle qui y est mentionnée.

Avant d'entrer plus avant dans l'examen de la question, il est nécessaire de faire une double observation au sujet des actes authentiques et des actes sous seing privé.

En ce qui concerne l'acte *authentique*, ou bien il contient la mention de sa date, et, seule, l'inscription de faux permet d'en attaquer la sincérité ; ou bien il ne la contient pas, et alors l'acte est nul.

(1) Contrà : Demolombe, t. VII, p. 103, n° 88 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 763, p. 322, note 8.

En effet, l'article 12 de la loi du 25 Ventôse an XI, « contenant organisation du notariat », prescrit que les actes notariés devront contenir, entre autres mentions, « l'année et le jour où les actes sont passés », et cela, « sous les peines prononcées en l'article 68 de la même loi ». Or, ce dernier article déclare nuls les actes où ces mentions font défaut, au moins quand ils ne sont pas revêtus de la signature des parties. Dans le cas contraire, ils valent comme actes sous seing privé.

Quant aux actes sous seing privé, leur date ne fait foi contre les tiers que du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, du jour où ils ont été enregistrés, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaires (art. 1328, C. civ.).

Jusque-là, la date de l'acte demeure incertaine, en dépit de la mention qu'il porte ; les tiers n'ont même pas besoin de prouver qu'elle est fausse. C'est à celui qui se prévaut de l'acte à démontrer la certitude de sa date par l'un des modes indiqués par l'article 1328.

Reprenons, maintenant, l'examen de la première question que nous avons posée : peut-on suppléer le défaut de date de l'acte sous seing privé, à l'aide de la preuve par témoins ?

Ecartons immédiatement le testament olographe, la lettre de change et la police d'assurances maritimes qui, par une exigence spéciale de la loi, doivent être datés à peine de nullité (art. 970 C. civ., art. 110 et 332 C. de commerce). Pour ces actes, l'absence de date sera irréparable.

Dans l'ancien droit, Danty admettait la preuve par

témoins « qu'un marché avait été fait en foire ». Voici en quels termes il justifiait cette décision : « A l'égard de la date, ce n'est point une convention ; elle ne dépend pas du fait des parties. Qu'elle soit exprimée ou non, il est toujours vrai de dire qu'il y en a une, laquelle est certaine. C'est un simple fait qui peut être prouvé par témoins (1) ».

Pothier déclare l'opinion de Danty douteuse, mais il n'expose pas ses raisons (2).

Il est certain, tout d'abord, que si une disposition légale s'oppose à ce qu'on supplée la date absente en recourant à l'enquête, ce n'est pas la deuxième règle de l'article 1341. Il n'y a pas là une preuve à l'encontre de l'acte, puisque celui-ci ne mentionne pas la date. Tout se ramène donc à savoir si la première règle prohibitive doit s'appliquer. En d'autres termes, la date est-elle un fait juridique ou un fait pur et simple ?

Il est de toute évidence que la date ne constitue pas une convention; mais, tous les faits juridiques ne sont pas, nécessairement, des conventions.

Est-ce un fait pur et simple ? C'est, à notre avis, fort douteux, bien que des auteurs très sérieux lui accordent ce caractère (3). En effet, la date de l'acte entraîne des conséquences juridiques très graves, puisque la validité ou la nullité de la convention peut en dépendre.

On oppose que la date existe toujours, indépendamment de la volonté des parties ; que, par suite, on ne

(1) Danty sur Boiceau, Ch. IX, n° 9, p. 284.
(2) Pothier, Tr. des Obligations n° 795.
(3) Aubry et Rau, t. VIII, p. 323, § 763. Demolombe, t. VII, p. 105, n° 92.

saurait imposer la constatation écrite d'une chose qui existera toujours, insérée ou non dans l'acte.

Assurément, l'acte possède toujours une date. Mais, ce qui dépend de la volonté des parties, c'est la fixation de cette date. Dans l'espèce, l'intéressé demande à établir que les contractants ont choisi spécialement tel jour pour passer acte. Le choix de l'époque du contrat est donc un fait juridique volontaire, auquel la première disposition de l'article 1341 est applicable.

Peut-on apprécier la valeur de ce fait ? Il semble qu'elle est absolument indéterminée. L'intérêt du litige relatif à la date ne se résout pas toujours en une question de validité ou de nullité de la convention. Souvent, d'autres considérations auront guidé les parties dans le choix de la date : une opération, effectuée à un jour déterminé, peut avoir des résultats favorables qu'elle n'aura pas si elle est exécutée quelques jours plus tôt ou plus tard. En cas de vente avec stipulation d'un délai pour la délivrance, la date du contrat fixera le point de départ de ce délai. Elle déterminera si ce délai est oui ou non expiré, et si l'acquéreur peut exercer l'action en résolution de la vente, conformément à l'article 1610 C. civ.

La valeur du litige relatif à la date de la convention étant indéterminée, la preuve par témoins n'en sera pas admise (1).

Certains arrêts de cassation ont été invoqués à l'encontre de ce système ; mais ils ne sont nullement décisifs, car ils solutionnent des espèces tout à fait différentes de celle qui nous occupe.

Ainsi, une jurisprudence unanime admet la théorie que

(1) Laurent, t. XIX, n° 477, p. 493.

voici : étant donnés deux actes signifiés le même jour et réciproquement par deux personnes, on peut prouver par témoins l'antériorité de l'un de ces actes (1).

Mais, ici, la date n'est pas contestée; elle est authentiquement déterminée par l'attestation de l'huissier. On prouve seulement le fait matériel de la remise de la copie à l'une des parties avant que la copie correspondante n'ait été signifiée à l'adversaire.

Autre espèce : quand un acte de prêt n'indique pas la date à laquelle la somme prêtée a été versée, la Cour de cassation décide que l'on peut prouver par témoins la date du versement (2). Dans cette hypothèse, la date de la convention n'est pas, non plus, en cause. Il n'y a donc pas de preuve à l'encontre de l'acte. Et, si la cour a déclaré recevable la preuve testimoniale, c'est parce que le prêt effectué était commercial. On ne peut, en conséquence, tirer argument de ces arrêts.

Il a été jugé que l'époque où la valeur a été fournie peut être établie, en dehors des énonciations du billet, par appréciation des circonstances, sans qu'il y ait violation de la règle prohibant la preuve testimoniale contre et outre le contenu des actes (3). Ici, encore, l'événement dont on veut fixer la date n'était pas déterminé, quant à son époque, par l'acte. Rien ne venait donc le contredire; et, les billets étant commerciaux, la preuve par témoins était admissible de toutes façons.

Peut-on établir que l'acte a été passé à une date différente de celle qui y est mentionnée? La solution négative

(1) Voir arrêts cités dans Dall. Répert. v° obligations, n° 4727.
(2) Cass. 6 février 1872, D. P. 1872, 1, 253.
(3) Cass. 14 juillet 1845, D. P. 1845, 1, 336.

s'impose. La contradiction à l'acte est nettement caractérisée. La preuve de l'inexactitude de la date ne sera pas recevable par témoins, sauf application des articles 1347 et 1348.

La valeur du commencement de preuve allégué dépendra de l'appréciation du juge. A la rigueur, l'acte lui-même pourrait remplir ce rôle ; mais cela se produira fort rarement, car les dispositions contenues dans un acte n'ont, généralement, aucun rapport avec sa date.

Quant à l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, elle résultera ordinairement de l'erreur ou du dol, qui sont toujours susceptibles de preuve testimoniale.

§ IV. — *Interprétation des actes.*

Les actes renferment souvent des clauses obscures, ambiguës, ou des énonciations incomplètes. Il n'est pas douteux que l'acte puisse être éclairci à l'aide de ses propres énonciations.

L'article 1156 C. civ. indique dans quel esprit ces recherches doivent être pratiquées. On doit se demander quelle a été la commune intention des parties, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes. L'article 1156 vise spécialement l'interprétation de l'acte par l'examen de son texte, mais n'exclut pas, semble-t-il, tout autre mode d'interprétation. C'est, pourtant, la conclusion que l'on prétend en tirer, ainsi qu'on va le voir.

Peut-on interpréter les actes écrits à l'aide de la preuve testimoniale ?

Une fraction importante de la doctrine soutient l'affirmative (1). L'argumentation est des plus simples : interpréter un acte, ce n'est pas prouver contre lui ; au contraire, c'est chercher à en découvrir le véritable sens, pour lui faire produire ses effets les plus complets. Bien entendu, les faits explicatifs que l'une des parties voudra prouver par témoins, devront être purs et simples, ou, s'ils sont juridiques de leur nature, l'intérêt litigieux devra être inférieur ou égal à 150 francs. En effet, l'article 1341 (1re disposition) continue d'être applicable, malgré le but en vue duquel ces faits sont allégués.

Dans une opinion contraire, on proscrit absolument l'interprétation des actes écrits par la preuve testimoniale (2).

La première raison invoquée est basée sur la tradition.

Domat refuse la preuve par témoins dans cette hypothèse : « Quand les actes sont dans les formes, non seulement on ne reçoit pas de preuves contraires, mais on n'écouterait pas même une partie qui prétendrait faire ouïr les témoins d'un acte pour y apporter quelque changement ou pour l'*expliquer* (3) ».

Pothier, de son côté, décidait dans le même sens : « Toute preuve testimoniale étant interdite outre le contenu d'un acte, une partie ne serait pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ni même les notaires qui l'ont reçu pour *expliquer* ce qui y est contenu (4).

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 763, p. 322. Demolombe Tr. des Contr. t. VII, n° 89. Bonnier, t. I, n° 143. Larombière, t. V, art. 1341, nos 33, 34.

(2) Duranton, t. XIII, n° 337. Colmet de Santerre, t. V, n° 315 bis. Laurent, t. XIX, n° 479.

(3) Domat, Lois Civiles 1re Partie, l. 3, t. VI. Section 2, n° 7, p. 265.

(4) Pothier. Tr. des Obligations, n° 796.

Enfin, Guyot donne une solution identique : « Il résulte, dit-il, de la même maxime (lettres passent témoins), qu'une partie ne serait pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ni même les notaires qui l'ont reçu, pour *expliquer* ce qui y est contenu et déposer des choses dont on est convenu lors de sa confection (1) ».

Ces auteurs prévoient tous un cas spécial : l'interprétation de l'acte par les dépositions des témoins qui y ont comparu. Aucun d'eux n'a posé le principe de l'interdiction absolue de la preuve testimoniale en cette matière. Or, en bien des cas, on n'aura pas recours aux témoins ayant assisté à la confection de l'acte écrit, mais à des témoins étrangers à sa rédaction qui viendront déposer sur certains faits extrinsèques, propres à éclaircir l'intention réelle des parties. Par exemple, un domaine ayant été vendu tel et en l'état qu'il se comporte, l'acquéreur demandera à établir par le témoignage de voisins ou d'habitants du pays que telle pièce de terre faisait notoirement partie de ce domaine.

Nos anciens auteurs avaient-ils l'intention d'écarter également ce mode d'interprétation? C'est possible, mais cela ne ressort pas avec évidence des citations que l'on nous oppose. On pourrait même avancer, sans trop de témérité, qu'ils ont employé à dessein la formule exclusive que l'on sait.

L'interprétation des témoins de l'acte est, en effet, la plus périlleuse. Sur quoi sont-ils interrogés ? Sur les faits juridiques qui se sont déroulés en leur présence, sur l'objet que les parties ont eu en vue en inscrivant telle clause

(1) Guyot, Répert. v° Preuve, p. 580.

particulière dans le contrat. Ils pourront confondre, dans leur souvenir, les pourparlers préparatoires avec les accords définitifs. D'autre part, le contrôle du juge sera réduit à sa plus simple expression : il ne fera qu'enregistrer les dépositions des témoins qui se trouvent être les véritables interprètes de l'acte.

D'ailleurs, l'opinion de Pothier et de Domat serait-elle aussi absolue qu'on veut bien le dire, cela ne suffirait pas à démontrer que les rédacteurs du Code civil ont entendu l'adopter : ce n'est pas assez de la tradition toute seule, pour motiver l'extension d'une prohibition à une hypothèse qui ne rentre pas dans les prévisions de son énoncé ; et, nous le répétons, expliquer le texte d'un acte, ce n'est pas le contredire.

Nos adversaires contestent alors cette dernière affirmation. M. Flurer, professeur à la Faculté de Lyon, dans une note (1), émet des considérations très spécieuses destinées, dans son esprit, à justifier l'interdiction de la preuve testimoniale pour l'interprétation des actes écrits : « Sans doute, dit-il, celui qui interprète une clause douteuse ne croit pas la modifier ; mais il est possible que son interprétation apporte une modification à la volonté réelle (mais ignorée) des parties ; la clause douteuse peut recevoir plusieurs versions différentes, toutes autorisées par les termes de l'acte, une seule conforme à la réalité ; l'une d'elles étant admise, nul ne peut affirmer avec certitude qu'elle reproduit la volonté des parties, la clause étant douteuse par hypothèse. Faire prévaloir une de ces versions possibles en faveur de l'une des parties, n'est-ce pas modifier l'acte au préjudice de l'autre partie ? »

(1) Sous arrêt de la C. d'app. de Paris du 4 mars 1887. D. P. 1888. 2. 65.

Assurément, l'interprétation donnée par le juge n'est pas infaillible. Mais, c'est le cas de toutes les appréciations humaines, et les décisions de jurisprudence n'échappent pas à cette loi commune, en quelque matière qu'elles soient rendues. Toutes les fois qu'un tribunal statue sur l'existence d'un fait, il encourt la possibilité d'une erreur ; mais il ne viendra à l'idée de personne de lui interdire de se prononcer, parce qu'il pourrait se tromper.

Prenons un exemple : la preuve testimoniale est admissible quand il y a eu impossibilité pour la partie qui s'en prévaut, de se procurer une preuve écrite. La constatation de cette impossibilité dépend de l'appréciation du juge. Cette appréciation peut être fausse ; pourtant, on ne songerait pas à enlever au juge le droit de reconnaître, en son âme et conscience, que l'impossibilité a existé.

On dira peut-être : il y a un texte spécial qui prévoit le cas d'impossibilité d'avoir une preuve écrite, et ce texte déclare, alors, la preuve par témoins recevable. Nous répondrons qu'il n'y a pas de loi qui interdise l'interprétation des actes; il y a même un article qui l'impose au juge. D'un autre côté, l'article 1341 autorise la preuve par témoins des faits purs et simples et celle des faits juridiques quand l'intérêt en cause n'excède pas 150 francs. Du rapprochement de ces deux principes, nous concluons à la possibilité d'interpréter les actes par témoins.

Le juge peut faire fausse route, objecte-t-on. C'est possible ! mais il n'est écrit nulle part dans nos Codes, qu'une telle perspective doive entraîner une dérogation au droit commun. Il n'y aurait plus de loi applicable, si elle ne devait être appliquée que dans le cas d'une certitude absolue.

M. Flurer décide que, l'interprétation par témoins étant illégale, l'article 1162 C. civ. doit s'appliquer, dès que l'acte n'est pas absolument clair et explicite : « Dans le doute, dit ce texte, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

Une telle présomption ne peut être qu'un moyen subsidiaire. Il est impossible que le législateur ait entendu imposer un mode d'interprétation si imparfait et si aléatoire à tout acte dont les termes manquent de précision ; alors, surtout, que la preuve testimoniale reçue avec circonspection, peut fournir une interprétation bien plus exacte de la volonté des contractants.

La jurisprudence n'a pas manqué de sanctionner une opinion qui lui paraissait répondre aux nécessités de la pratique, tout en respectant les vrais principes. Elle interprète couramment les conventions, soit par la preuve testimoniale, soit par les présomptions.

Les espèces sont nombreuses. Un individu est poursuivi en revendication d'une terre faisant partie d'un domaine qu'il possède de bonne foi depuis plus de 10 ans, en vertu d'un acte de donation. A l'exception de prescription soulevée par le défendeur, le demandeur oppose le silence du titre à l'égard de la pièce de terre litigieuse. En effet, l'acte vise, seulement, le domaine de X... « tel qu'il s'étend et se comporte ». La Cour de cassation a autorisé le défendeur à prouver par témoins que la terre revendiquée dépendait réellement du domaine acquis par lui (1).

Un notaire reconnaît avoir reçu le mandat de payer, avec les deniers prêtés par un tiers, le prix d'une acquisition d'immeuble faite par son client, et de rédiger la quit-

(1) Cass. 23 Janvier 1837. Dev. et Car. 1837. 1. 110

tance de ce paiement avec subrogation au profit du prêteur. L'existence du mandat n'est pas en cause, mais une difficulté s'élève sur son interprétation : le notaire, au lieu de payer entre les mains des créanciers inscrits sur l'immeuble et de subroger le prêteur dans les droits de ces derniers, a payé le prix au vendeur lui-même, avec subrogation dans le privilège de celui-ci. Or, les hypothèques primaient ce privilège et le rendaient inefficace, si bien que l'acquéreur, poursuivi comme tiers détenteur, se vit obligé, pour échapper au délaissement ou à l'expropriation, de désintéresser les créanciers inscrits. Il se retourna contre le notaire. Poursuivi en responsabilité, celui-ci allégua ne pas avoir reçu mandat de payer aux créanciers inscrits et de subroger le prêteur dans les hypothèques; il aurait eu seulement pour mission de « retirer la quittance avec subrogation au profit du prêteur », sans préciser davantage. Les circonstances de la cause indiquaient nettement que le mandant, cultivateur illettré, avait entendu charger son notaire de payer le prix de manière à le mettre à l'abri d'un trouble ultérieur. La Cour de Cassation interpréta le mandat dans ce sens et condamna le notaire à dédommager son mandant à raison de la faute commise par lui dans l'exécution du contrat (1).

La clause suivante figurait dans un contrat d'assurances : « L'assuré est tenu de déclarer et de faire mentionner dans sa police, sous peine de n'avoir droit, en cas d'incendie, à aucune indemnité, s'il a déjà éprouvé un ou plusieurs sinistres. »

Cette clause manque de précision. Doit-elle s'entendre

(1) Cassation 19 juillet 1854. D. P. 1855, 1, 25.

de tous les sinistres que l'assuré peut avoir éprouvé sur l'un quelconque de ses immeubles ou, seulement, de ceux qui ont affecté les immeubles compris dans l'assurance? Cela demandait une interprétation. La Cour de Cassation a reconnu parfaitement valable l'admission de la preuve testimoniale (1).

On lit, fréquemment, dans les baux d'immeubles, des dispositions dans le genre de celle-ci : « Les parties déclarent qu'il n'est pas besoin de faire un état des lieux loués plus détaillé, parce que le preneur les connaît parfaitement », ou toute autre formule analogue.

En cas de contestation, la preuve testimoniale sera recevable pour préciser l'étendue et le mode de jouissance du preneur (2).

Après l'examen de la double règle édictée par l'article 1341, une question générale reste à résoudre. La preuve testimoniale est interdite dans certaines hypothèses; mais le consentement des parties peut-il faire admettre cette preuve dans les cas où la loi la rejette?

L'article 6 du Code civil prescrit qu'on ne peut « déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La question revient donc à accorder ou refuser à la prohibition de la preuve testimoniale le caractère d'une disposition d'ordre public.

Sous le régime de l'ordonnance de 1667, la difficulté avait été déjà soulevée, et on la résolvait généralement dans un sens exclusif de toute dérogation conventionnelle

(1) Cassation 31 mars 1886. D. P. 1887, 1, 8.
(2) Cour d'appel de Paris 4 mars 1887. D. P. 1888, 2, 65.

à la prohibition édictée par le législateur (1). L'opinion contraire de Poullain-Duparc était restée isolée (2).

Actuellement, la division s'est accentuée dans la doctrine. Quant à la jurisprudence, elle se refuse, d'une façon constante, à reconnaître un caractère d'ordre public à la prohibition. Du reste, les nombreuses décisions rendues en ce sens, se contentent de poser le principe, sans essayer de le justifier (3).

Pour découvrir la nature de l'interdiction de la preuve par témoins, il convient de rechercher le but poursuivi par le législateur. En rédigeant l'article 1341, nous savons qu'il a été guidé par deux préoccupations : protéger les plaideurs contre la corruption des témoins, et prévenir la multiplicité des petits procès.

Le premier motif peut être, à la rigueur, considéré comme d'ordre privé. La partie intéressée est le meilleur juge de la loyauté de son adversaire ; si elle le croit incapable de soudoyer de faux témoins, il n'y a rien de contraire à l'ordre public à ce qu'elle accepte la preuve testimoniale.

Mais le second motif de l'article 1341 présente un caractère d'ordre public. La société a grand intérêt à la limitation des contestations de peu d'importance qui occasionnent des frais, paralysent les affaires et encombrent les tribunaux.

L'inspection des textes confirme cette manière de voir. C'est au juge, et non à la partie, que le législateur impose

(1) Danty, addition sur Boiceau, ch. I, nos 7 à 9 ; Merlin, répertoire Vo Preuve, Section II, § 3, nos 28 et suiv.

(2) Poullain-Duparc, Principes de droit, t. IX, nos 40, 41.

(3) Cass. 24 août 1880 ; D. P. 1880. 1. 447 ; 21 avril 1886, D. P. 1886. 1. 393 ; 1er juin 1893, D. P. 1893, 1. 445 ; 23 avril 1894, D. P. 1894. 1. 327 ; 17 décembre 1900, D. P. 1901. 1. 76.

l'obligation de repousser la preuve testimoniale hors des cas où elle est autorisée. « Il n'est *reçu* aucune preuve par témoins... » dit l'article 1341 ; et l'article 1344, à son tour, déclare que « la preuve testimoniale... ne peut être admise... » L'article 1345 s'exprime en termes identiques, et l'article 1715, relatif au bail, décide également que la preuve « ne peut en être *reçue* par témoins ». Or qui reçoit la preuve? Ce n'est pas la partie, c'est le juge. La loi lui fait défense, en termes impératifs, de la recevoir au dessus de 150 francs et contre le contenu des actes. Le consentement de l'adversaire ne peut, certainement, le relever de l'obligation que la loi lui impose (1).

Suivant M. Colmet de Santerre, après les difficultés que la question souleva sous l'ordonnance de 1667, le législateur aurait expressément déclaré que les parties ne pouvaient, d'un commun accord, enfreindre l'article 1341, s'il avait entendu rendre cette convention illicite (2).

A cela, on peut répondre qu'antérieurement au Code civil, la question était à peine controversée, puisqu'on se prononçait à peu près unanimement dans notre sens. En outre, quand la loi pose une règle générale, elle n'a pas besoin d'en énumérer par le détail toutes les applications.

M. Bonnier défend la même opinion que M. Colmet de Santerre (3). D'après lui, le consentement de l'adversaire à l'audition des témoins constitue une sorte d'aveu de sa

(1) En ce sens, Demolombe, Tr. des Contr., t. VII, p. 201, n° 213 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 761, p. 295, texte et note 5 ; Marcadé, t. V, p. 147; Larombière, t. V, art. 1347 n° 1 ; Laurent, t. XIX, n° 397, p. 425 ; Baudry-Lacantinerie, Précis, t. II, n° 1255.

(2) Duranton, t. XIII, p. 323, n° 308; Colmet de Santerre, t. V, n° 325 *bis* II, p. 619; Huc, t. VIII, n° 290, p. 367.

(3) Bonnier, I, 177.

part. Or, cet aveu donné en justice ne peut-il pas ouvrir la route à la preuve testimoniale, à l'égal d'un commencement de preuve écrite ? Cette solution est inadmissible, on ne peut voir un aveu dans l'acte d'une personne tellement sûre de son droit qu'elle ne craint pas d'affronter les hasards et les dangers de la preuve par témoins, et refuse de se retrancher derrière l'acte écrit.

La jurisprudence admet, non seulement la renonciation expresse, mais aussi la renonciation tacite au bénéfice de l'article 1341. Mais il faut que les faits d'où résultent la convention tacite ne laissent aucun doute sur l'intention du renonçant (1).

(2) V. arrêt du 1er juin 1893, précité.

CHAPITRE TROISIÈME

EXCEPTIONS AUX DEUX RÈGLES DE L'ARTICLE 1341.

La double règle de l'article 1341 est sujette à des exceptions. Elles sont au nombre de trois. La preuve testimoniale est admissible quelle que soit la valeur du litige et contre le contenu des actes, en matière commerciale, quand il y a un commencement de preuve par écrit, et quand il a été impossible de se procurer une preuve littérale du fait juridique qui est l'objet du litige.

SECTION PREMIÈRE. — **Matières commerciales.**

L'exception concernant les matières commerciales est formulée par l'alinéa final de l'article 1341 : « Le tout, sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. »

L'ordonnance de 1566 ne contenait rien à ce sujet. Par contre, l'ordonnance de 1667 visait spécialement cette matière dans une de ses dispositions : « ...Sans toutefois

rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. »

Quelle était la pratique usitée dans les juridictions commerciales ? Les procès-verbaux des conférences préparatoires de l'ordonnance de 1667 nous renseignent à cet égard. Dans une des réunions, le commissaire rédacteur Pussort indiqua que les consuls en charge, consultés sur les usages en cours dans leurs tribunaux, avaient répondu « qu'ils recevaient ou rejetaient la preuve par témoins, selon la qualité des affaires et des personnes (1). »

Les consuls avaient, en outre, représenté un arrêt du Parlement confirmatif d'une de leurs sentences, et dans lequel il avait été formellement jugé que la preuve testimoniale était recevable au-dessus de 100 livres.

Le Président de Lamoignon avait d'abord combattu l'exception proposée en faveur des juges-consuls. Mais après les observations du rapporteur, il se montra moins absolu, sur la réflexion que la loi nouvelle ne créait pas une situation de droit au profit des juridictions commerciales, mais prorogeait seulement un état de fait qui subsistait par pure tolérance : « Ce qui était de meilleur en ce qui concerne cette juridiction, remarqua-t-il, c'est que, tant qu'elle en usera bien, elle se maintiendra, et qu'elle ne saurait subsister en faisant mal (2) ».

Les rédacteurs du Code civil ne voulurent pas consacrer expressément l'ancien usage maintenu par l'ordonnance de 1667. Ils se bornèrent à renvoyer au futur Code de Commerce qu'ils savaient en voie de préparation.

(1) Procès-verbaux des conférences tenues par ordre du Roi pour l'examen des Ord. de 1667 et de 1670, Louvain 1700, p. 217.

(2) Procès verbaux, loc. cit.

C'est donc à ce Code qu'il faut nous référer pour l'examen de la question.

Le projet du Code de Commerce fut présenté le 13 Frimaire an X aux consuls, qui ordonnèrent l'envoi d'un exemplaire à tous les Tribunaux de commerce, afin d'obtenir leur opinion.

Les rédacteurs du projet étaient d'avis de soumettre les matières commerciales au droit commun. Ils proposaient sous l'article 69, le texte suivant : « Les achats et les ventes s'opèrent verbalement ou par écrit. Ils se constatent par des actes publics..... et par la preuve testimoniale, *s'il y a commencement de preuve par écrit* »

De tous côtés des protestations s'élevèrent (1) : la nécessité d'un écrit paralyserait les transactions commerciales pour lesquelles la rapidité est une condition indispensable de succès.

Devant ces réclamations unanimes, les commissaires renoncèrent à soumettre les contrats et paiements commerciaux aux restrictions de l'article 1341. L'exigence du commencement de preuve par écrit disparut de l'article 69 du projet, qui devint l'article 109 du Code de Commerce.

Ce Code ne contient pas de disposition générale concernant l'admission de la preuve testimoniale. Deux textes seulement y font allusion : l'article 109 précité, relatif aux achats et aux ventes, et l'article 49 qui vise les associations en participation.

L'esprit de la loi n'est, pourtant, pas douteux. Tout le monde s'accorde à reconnaître que le législateur moderne

(1) Voir sur les réclamations des Tribunaux de commerce, Toullier, vol. V°. 1re partie, p. 217 et suiv.

a entendu conserver l'ancien droit qui autorisait les Tribunaux de commerce à recevoir la preuve testimoniale dans tous les cas (1). On admet aussi que c'est dans l'acticle 109 qu'il faut chercher la réglementation générale de la preuve commerciale. Les rédacteurs du Code se sont contentés de traiter cette matière à propos des achats et des ventes, parce que ce sont là les transactions les plus fréquentes.

On pourrait douter de l'exactitude de cette solution en lisant l'art. 49 C. com. :

« Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise ». Pourquoi autoriser la preuve testimoniale dans ce cas particulier, si elle est admise pour tous les contrats commerciaux ?

La raison d'être de ce texte est facile à saisir : il était utile de rappeler que la preuve par témoins était recevable pour établir cette sorte de société, parce que les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent, aux termes de l'article 39 C. com., « être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil ». On aurait pu être tenté d'étendre cette dernière disposition à toutes les sociétés.

L'article 109 C. com. apporte exception à la double règle de l'art. 1341. En conséquence, la preuve par témoins de l'existence d'un contrat commercial est recevable, en

(1) Demolombe, t. VII, n° 97, Huc, t. VIII, n° 291, p. 369 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 763 *bis*, note 1, p. 324.

l'absence d'un écrit, quel que soit l'intérêt du litige, et contrairement au contenu de l'acte, s'il en a été passé un (1).

Ce dernier point a, cependant, été contesté (2). On comprend très bien, dit-on, que la dérogation de l'article 109 C. com. s'applique à la règle interdictive de la preuve testimoniale. C'est une disposition purement arbitraire du législateur; il lui appartient de l'écarter lorsque cela lui paraît convenable. Mais quand les parties ont rédigé un écrit, la loi ne fait que consacrer leur intention formelle en interdisant toute contradiction ultérieure aux termes de cet écrit. Or, cette intention existe en matière commerciale comme en matière civile, dès l'instant que les contractants ont fait appel à la preuve littérale.

On peut répondre que les restrictions auxquelles l'alinéa final de l'article 1341 fait allusion, portent, non pas sur l'une ou l'autre des deux dispositions prohibitives, mais sur l'ensemble du texte : « *Le tout*, sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ». De plus, le législateur a pris soin, dans l'article 41 C. com., d'interdire la preuve par témoins contre et outre le contenu des actes de société en commandite ou en nom collectif. Il eût été inutile de le dire si cette preuve avait été déclarée non recevable d'une façon générale (3).

L'admission de la preuve testimoniale en matière commerciale souffre exception dans certains cas limitativement déterminés par la loi. Nous connaissons les articles

(1) V. parmi les plus récentes décisions en ce sens. Cass. 5 mars 1894, D. P. 1894, 1, 168.

(2) V. Paris, 11 juillet 1812. Dalloz. Répert. v° oblig. n° 4962, note 1. Angers, 4 juin 1829. Sirey 1830. 2. 302.

(3) En ce sens Demolombe t. VII n° 97 ; Huc, t. VIII n° 291 ; Aubry et Rau t. VIII § 763 *bis*, p. 324.

39 et 41 du Code de commerce. Il faut y ajouter les articles 195, 273 al. 1, 311 al. 1, 332 al. 1.

Il suffit que le fait juridique soit commercial de sa nature, pour que l'exception soit applicable. On n'a pas à se préoccuper de la juridiction devant laquelle le litige est porté (1).

Mais on ne doit pas étendre la dérogation au-delà de ses limites. Dans l'ancien droit, on hésitait à soumettre à la prohibition des Ordonnances les contrats civils passés dans les foires et les marchés. Il paraît, cependant, que la jurisprudence inclinait vers l'affirmative : « Néanmoins, dit Pothier, on a décidé que ces marchés doivent y être compris, parce qu'y ayant aujourd'hui des notaires établis dans les plus petits lieux, et, par conséquent, dans tous les lieux où se tiennent les foires, il n'est pas trop difficile aux parties, lorsqu'elles font un marché à crédit, d'appeler un notaire pour le rédiger si elles ne savent pas écrire ».

En présence des textes formels du Code de commerce, le doute n'est plus possible. Le lieu où le contrat a été passé ne peut avoir aucune influence sur la recevabilité ou la non recevabilité de la preuve (2).

Le fait juridique peut revêtir un caractère mixte, et être civil à l'égard de l'une des parties et commercial à l'égard de l'autre. Ainsi, un particulier qui achète un objet à un marchand pour son usage personnel, fait un acte civil. Au contraire, le marchand fait un acte de commerce.

On appliquera contre chacune des parties le mode de preuve qui lui convient d'après le caractère que l'acte

(1) Huc, loc. cit.; Bonnier I. 148.
(2) Bonnier n° 146 ; Demolombe, t. VII, n° 105.

possède à son égard. La jurisprudence et une grande partie de la doctrine décident dans ce sens (1).

Certains auteurs posent, au contraire, comme principe « qu'il suffit pour que les juges puissent admettre la preuve testimoniale, que cette preuve ait pour objet un fait commercial de la part de celui qui offre la preuve, sans qu'il soit nécessaire que ce fait ait également un caractère commercial de la part de celui contre qui la preuve est offerte » (2).

Toutefois, on fait une réserve : « Si, bien que l'objet de la contestation fût commercial relativement à l'une des parties, le fait à prouver devait mettre une obligation à la charge de la partie qui n'a pas fait acte de commerce, la preuve testimoniale ne serait pas admise selon les règles du droit commercial, mais selon les règles du droit civil » (3).

Mais pour la libération, on applique la règle générale ; le défendeur pourra prouver par témoins sa libération d'une dette qui est commerciale à son égard et civile à l'égard du demandeur.

C'est le contre-pied de l'opinion à laquelle nous nous sommes ralliés avec la majorité des auteurs.

Mais comment expliquer la distinction entre la preuve de l'obligation et celle du paiement ? Dans les deux cas, la condition de celui pour qui l'acte mixte a le caractère civil, se trouvera compromise par l'admission des modes de preuve du droit commercial.

(1) Cass. 19 novembre 1862, D. P. 1862, 1, 472 ; 31 mars 1874, D. P. 1875, 1, 229 ; Dijon 3 novembre 1892, D. P. 1893, 2, 331 ; Huc, t. VIII, n° 291, p. 369 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 763 *bis* ; Bonnier, t. I, n° 148.

(2) Massé, le Dr. commercial dans ses rapports avec le Dr. civil, t. VI, n° 180.

(3) Massé, loc. cit., n° 181.

Voici une observation au sujet de la rédaction de l'article 109 du Code de commerce.

En matière civile, nous lisons dans l'article 253 C. proc. civ. : « Si les faits sont admissibles, qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, elle pourra être ordonnée ». Par contre, l'art. 109 C. com. relatif à la preuve en matière commerciale, est ainsi conçu : « Les achats et les ventes se constatent... par la preuve testimoniale dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. »

Il y a une différence de rédaction entre ces deux textes ; on a voulu en conclure à une différence de fond. Lorsque l'objet du contrat commercial a une valeur moindre que 150 francs, la preuve testimoniale est admise en vertu de l'article 1341 ; alors, conformément à l'article 253 C. proc. civile, le tribunal doit recevoir cette preuve si les faits sont pertinents et concluants. La valeur du litige est-elle supérieure à 150 francs, ou s'agit-il d'une preuve contraire au contenu d'un acte, dans ce cas on recourt à l'article 109 C. com., et les juges ont la faculté de rejeter la preuve par témoins, alors même qu'elle porterait sur des faits pertinents et concluants (1).

Cette distinction est arbitraire : il n'y a pas de raison pour accorder aux juges un pouvoir plus étendu lorsqu'il s'agit d'un litige commercial d'une valeur supérieure à 150 francs ou quand un écrit a été passé. D'ailleurs, la généralité des termes de l'article 109 n'autorise pas une distinction de ce genre (2).

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 763 *bis*, p. 326.
(2) En ce sens, Demolombe, t. VII, n° 102, p. 117.

Section Deuxième. — **Commencement de preuve par écrit.**

§ I. — *Historique et généralités.*

Cette exception est contenue dans l'article 1347 : « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

Qu'appelle-t-on *commencement de preuve?* Nous savons ce qu'est une preuve complète : c'est celle qui conduit l'esprit à « la certitude morale, la seule dont, en jurisprudence, les questions de fait soient susceptibles » (1). Nous disons certitude *morale*, car la certitude *absolue* est hors de notre portée. Les vérités que nous pouvons atteindre « ne sont pas des vérités naturelles et immuables, mais des vérités positives et arbitraires, dépendantes de l'inconstance de la volonté des hommes ; et comme elles sont incertaines par leur nature, les preuves sur lesquelles elles sont fondées ne peuvent jamais avoir ce caractère de fermeté et d'évidence capable de produire une conviction entière et de former une démonstration parfaite » (2).

Mais cette certitude relative dont nous devons nous contenter, les éléments de conviction fournis par la par-

(1) Toullier, vol. V, 1re partie, n° 54.
(2) D'Aguesseau, Œuvres, t. II, 23e plaidoyer, p. 538, édition 1761.

tie intéressée seront, parfois, insuffisants pour la faire naître. Ils formeront, alors, une preuve incomplète, une semi-preuve, un commencement de preuve.

On comprend très bien que ces moyens, impuissants à déterminer la conviction du juge quand ils sont isolés, puissent produire ce résultat lorsqu'ils sont réunis en un faisceau de présomptions « graves, précises et concordantes ». L'article 1353 leur reconnaît alors une certaine force probante. Mais, comme les présomptions présentent un caractère au moins aussi aléatoire que la preuve par témoins, ce texte les admet seulement dans les cas où cette dernière preuve est recevable. Toutefois, la loi en a choisi quelques-unes qu'elle a qualifiées de présomptions *légales*, et elle leur a conféré la prérogative de dispenser de toute preuve ceux en faveur de qui elles existent. En outre, elle a rendu la preuve contraire irrecevable lorsque, sur le fondement de ces présomptions, « elle annule certains actes ou dénie l'action en justice ». (Art. 1352).

Le commencement de preuve par écrit est une présomption. Mais, à raison de son caractère littéral, il méritait une place spéciale dans l'échelle des moyens de conviction. D'une part, ce mode de preuve est d'une application moins périlleuse que la présomption pure et simple livrée à l'appréciation arbitraire du juge. D'autre part, lui accorder la force d'une présomption légale, c'était le placer exactement sur le même rang que la preuve écrite complète. Cela eût été illogique et, aussi, injustifié ; en effet, aucune de ces circonstances particulières qui ont décidé le législateur à créer exceptionnellement des présomptions légales, ne saurait

être invoquée en faveur du commencement de preuve par écrit.

La loi s'est arrêtée à une solution mixte. A lui seul, le commencement de preuve par écrit ne sera pas suffisant pour faire la preuve complète d'un fait ; mais il livrera passage à la preuve testimoniale, lorsque celle-ci est interdite et, avec son concours, il pourra fournir une démonstration convaincante.

L'expression « commencement de preuve par écrit » apparaît pour la première fois dans l'ordonnance de 1667. L'exception qui s'y rattache figurait-elle, sous une dénomination différente, dans l'ordonnance de 1566 ?

Pour répondre à cette question, il est indispensable de relire l'article 54 de cette dernière ordonnance dont nous avons dit quelques mots plus haut. Cette disposition prescrit de passer contrat, par devant notaires, de toutes choses excédant la valeur de 100 livres ; elle ajoute *in fine* que rien n'est changé en ce qui concerne « les conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées ».

Voyons en quoi l'ordonnance de Moulins a modifié l'ancien ordre de choses, et dans quelle mesure elle l'a laissé subsister. Le changement consiste en ceci : la preuve verbale seule n'est plus reçue pour les conventions dont l'objet dépasse cent livres ; désormais, les parties devront faire rédiger un acte notarié pour toute convention de cette nature ; moyennant cela, le contrat fera foi complète et l'on ne pourra faire admettre de preuve à l'encontre des énonciations qu'il contient. C'est la voie normale à suivre pour mettre la convention à

l'abri de toute contestation, sauf le cas assez rare d'une allégation de faux.

Quant aux écrits sous seing privé, la législation antérieure continue à en régir la preuve. Dans l'ancien droit français, ces écrits n'ont pas une force probante absolue. Ils ne valent que par les dépositions confirmatives des témoins qui ont assisté à leur confection et qui viennent témoigner, non seulement de leur authenticité, mais aussi de l'exactitude de leur teneur. Ces actes sont, en quelque sorte, des mémentos destinés à fixer et à rappeler, à l'occasion, les souvenirs des témoins. Voici ce qu'en disait Bouteillier, dans sa *Somme Rurale :* « Lettres qui ne sont faites par devant juge qui ayt autorité de ce faire, ou par notaire, ou par tabellion public, ne sont à recevoir en forme de preuve qui vaille pleine preuve, si austres tesmoings n'y a avec ; ne seraient comptées que pour mémoires de tesmoings recorder sur ce. Et faudrait que les tesmoings déposassent sur la teneur d'icelles ». Sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, les écrits sous seing privé continuent à jouer ce rôle secondaire : ils n'ont de valeur que parce qu'ils sont soutenus par la preuve testimoniale.

Mais, d'autre part, ils rendent recevable cette dernière qui, à leur défaut, serait écartée en vertu de la nouvelle prohibition.

Tous les écrits non publics sont placés sur le même rang, qu'ils soient revêtus de la signature des parties, de leur sceau seulement, ou dépourvus de signature et de sceau, mais rédigés de la main de celui à qui on les oppose, « scriptura qualiscunque fuerit », dit Boiceau (1).

(1) Comment. sur l'ord. de 1566. Liv. 2, chap. I, n° 3.

On peut donc dire que, sous le régime de l'ordonnance de 1566, les écrits sous seing privé ne constituent qu'un commencement de preuve par écrit.

L'ordonnance de 1667 reproduit l'article 54 de l'ordonnance précédente, mais elle y ajoute un mot de plus : « Seront passés actes devant notaires *ou sous signature privée*... ». Cette addition, certainement intentionnelle, signifie que les actes privés dûment signés sont élevés, désormais, à la hauteur des actes notariés. Ils feront pleine foi, pourvu qu'ils soient reconnus authentiques quant à la signature. On appellera des témoins comme par le passé ; mais ils n'auront plus à déposer sur la teneur de l'acte. Leur rôle sera terminé quand l'écriture sera vérifiée. En aucun cas, ils ne seront admis à témoigner « contre et outre le contenu de l'acte ».

Au contraire, tous les autres écrits non signés et n'ayant pas le caractère d'actes, conserveront leur valeur probante imparfaite. Le législateur les désigne, pour la première fois, sous le nom de « commencement de preuve par écrit », qui a passé, tel quel, dans notre Code ; impuissants quand ils sont isolés, ils ont force de preuve avec l'appui d'un témoignage conforme, et rendent celui-ci admissible dans les cas où la loi l'interdit.

Bien entendu, l'écrit invoqué comme commencement de preuve devait être, préalablement, reconnu volontairement ou judiciairement comme émanant de la personne à qui il était attribué (1).

Après ces notions historiques, étudions le droit actuel.

Avant de passer à l'examen des conditions que doit

(1) En ce sens arrêt de la C. de cas., section civile 19 frimaire an XIV. Dev. et Carette, t. II, p. 191.

remplir le commencement de preuve par écrit, il faut élucider quelques points d'ordre général.

L'exception est applicable aux deux prohibitions de l'article 1341. Cela n'est pas douteux, en présence de la formule absolue de l'article 1347 : « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit » (1). A l'aide de ce commencement de preuve on pourra, indifféremment, prouver contre et outre le contenu d'un acte, établir par témoins l'existence d'une obligation supérieure à 150 francs, et cela, que l'acte ait été perdu, ou qu'il n'ait pas été dressé.

Le cas de perte de l'acte a soulevé quelque difficulté. Précisons l'espèce : un créancier possédait un titre et ce titre a été perdu. Il peut, nous le verrons, recourir à l'article 1348 et faire la preuve par témoins de l'obligation contenue au dit titre, après avoir, tout d'abord, démontré qu'il l'a perdu par cas fortuit ou force majeure. Mais, voici que le créancier découvre, parmi ses papiers, un commencement de preuve par écrit de l'obligation litigieuse. En représentant ce commencement de preuve, sera-t-il dispensé de prouver la perte fortuite de l'écrit ?

Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 4 août 1871 (2) avait décidé la négative. D'après la Cour, le bénéfice de l'article 1347 ne doit être attribué au créancier que si aucun acte écrit n'a été rédigé. Cette faveur trouve, alors, sa raison d'être dans des « nécessités tout au moins relatives, telles par exemple que la confiance à laquelle il aurait cédé, ou dans certaines relations de famille ou de

(1) En ce sens C. de Paris, 7 mai 1875, D. P. 1876, 2. 137. Demolombe, t. VII, n° 107, p. 123 ; Laurent, t. XIX, n° 484, p. 504.
(2) Dev. et Car. 1871. 2. 248.

subordination qui ne comportaient pas l'exigence d'un titre écrit ». Mais quand un écrit a été passé et qu'il a été perdu, ces motifs n'existent plus, dit l'arrêt ; bien plus, il y aurait danger à permettre au créancier d'utiliser un commencement de preuve écrite pour rétablir les termes de la convention, sans exiger de lui la preuve de la perte du titre. Si ce dernier contenait en marge une mention libératoire en faveur du débiteur, son adversaire pourrait en simuler la perte ou le détruire volontairement, puis forger de toutes pièces un commencement de preuve écrite. D'ailleurs, quand l'acte a été perdu, l'admission de la preuve est régie par l'article 1348, 4°. Or, ce texte exige la preuve préalable de la perte de l'acte, en suite de cas fortuit ou de force majeure ; l'article 1347 est, ici, inapplicable.

La généralité de cette dernière disposition exclut une pareille distinction. Elle autorise, sans restrictions, la preuve par témoins, quand il y a un commencement de preuve par écrit ; il est arbitraire d'en réduire la portée. En l'espèce, l'intéressé peut recourir, à son choix, à l'article 1347 ou à l'article 1348. S'il fait usage du premier, il n'a pas à prouver la perte, mais il doit justifier que son commencement de preuve réunit les conditions voulues par la loi. S'il invoque l'article 1348, il lui faut, alors, établir la perte fortuite du titre (1).

Peut-on prouver par témoins, avec l'aide d'un commencement de preuve par écrit, les conventions pour lesquelles la loi a imposé un écrit même au-dessous de 150 francs ? Parmi les conventions qui sont dans ce cas,

(1) Demolombe, t. VII, p. 123, n° 107 *bis* ; Aubry te Rau, t. VIII, § 763 *ter*, p. 327, texte et note 1.

on cite le *bail d'immeubles* (art. 1715), la *transaction* (art. 2044), l'*antichrèse* (art. 2085). Quant aux articles 1834 (relatif à la Société), et 2074 (relatif au nantissement dans ses effets vis-à-vis les tiers), ils sont des applications pures et simples de l'article 1341, puisqu'ils ne prescrivent la rédaction d'un acte qu'au-dessus de 150 francs. Ces contrats demeurent donc soumis aux règles du droit commun en matière de preuve, notamment à celle de l'article 1347.

Pour le bail, la transaction et l'antichrèse, la question se réduit à ceci : en formulant l'exigence d'un écrit, la loi a-t-elle dérogé à l'article 1341 et à l'article 1347, ou à la première de ces deux dispositions seulement?

Dans une première opinion, les deux articles sont considérés comme distincts l'un de l'autre. La dérogation prononcée à l'égard de l'article 1341 ne saurait être étendue arbitrairement à l'article 1347. D'ailleurs, ajoute-t-on, cette différence s'explique facilement : rien d'étonnant à ce que le législateur ait trouvé plus de garantie dans le commencement de preuve par écrit que dans la modicité du litige, et qu'il ait cessé, en certains cas, de tenir compte du peu d'importance de l'intérêt en cause, tout en conservant sa confiance à la présomption tirée de l'écrit. La preuve littérale, même incomplète, est toujours plus sûre que la preuve testimoniale (1).

L'opinion contraire proteste contre toute distinction entre les articles 1341 et 1347. Ils sont intimément liés l'un à l'autre et forment une seule et même disposition. Dans l'esprit du législateur, «la modicité de la chose qui

(1) Aubry et Rau, t. VIII, p. 328, § 763 *ter*, texte et note 5 ; Laurent, t. XXV, n° 74, p. 86 ; Baudry-Lacantinerie, Tr. du contrat de louage, t. I, n° 155, p 79.

fait l'objet de la contestation, lorsqu'elle est au-dessous de 150 francs, équivaut au commencement de preuve par écrit, lorsqu'elle est au-dessus de cette valeur » (1). Si, donc, l'article 1341 est, exceptionnellement, inapplicable, l'article 1347 le sera aussi.

Cette manière de voir est confirmée par des considérations particulières à chacune des dispositions sur lesquelles roule la difficulté.

L'article 1715 s'exprime dans les termes suivants au sujet de la preuve du bail : « Si le bail fait sans écrit, n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. »

Pour quels motifs la loi s'est-elle montrée si exigente en matière de bail ? C'est que le bail est un contrat de nature à contenir des éléments multiples et complexes : stipulation du prix, fixation de la durée, mise en état des lieux loués, entretien de l'immeuble par le locataire, sous-locations, etc., toutes clauses susceptibles de soulever des contestations d'une solution très difficile en l'absence d'écrit. C'est aussi que, pour les baux de minime importance, les frais de procès dépasseraient de beaucoup la valeur du litige. Pour toutes ces raisons, le législateur a songé à restreindre le nombre des procès sur baux d'immeubles, et a pensé y parvenir en imposant à ces conventions la nécessité d'un écrit, quelle qu'en soit la valeur. La perspective de ne pouvoir établir sa demande à l'aide de témoins, retiendra le plaideur dépourvu de bail écrit, dans ses velléités de procès. D'un

(1) Demolombe, t. VII, n° 108, p. 127.

autre côté, l'adversaire qui se sait lié par un écrit n'opposera pas une résistance inutile à des prétentions justifiées.

Avec la possibilité de prouver le bail par le commencement de preuve écrite et la preuve testimoniale, on retomberait dans l'incertitude des procès hasardeux. La disposition finale de l'article 1715 est, d'ailleurs, caractéristique; après avoir prononcé l'interdiction de toute preuve autre que la preuve écrite, le texte ajoute : « Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. » Il ne dit pas un mot du commencement de preuve par écrit; c'est donc que celui-ci demeure insuffisant pour faire la preuve du bail, sinon il aurait été mentionné à côté du serment décisoire (1).

Ainsi interprétée, la disposition de l'article 1715 est, sans aucun doute, des plus sévères. Voici, par exemple, qu'un tribunal a procédé à un interrogatoire sur faits et articles. S'il en résulte un aveu formel de la partie interrogée, la preuve complète du bail est faite. Mais, dans le plus grand nombre de cas, les réponses de la partie ne seront pas assez explicites pour former un aveu complet de l'existence du bail. Elles le rendront très vraisemblable, et quelques témoignages oraux conformes le rendraient absolument certain. Mais, cette dernière preuve étant prohibée, « le juge se trouve placé dans l'alternative de refuser l'exécution d'un bail plus ou moins formellement avoué, ou de rentrer dans le champ des appréciations que la loi semble avoir voulu lui fermer (2). »

(1) Dans ce sens : Demolombe, loc. cit., Guillouard, Contrat de louage, t. I, n° 78, p. 90; Marcadé, art. 1715, n° 2; Larombière, t. V, art. 1347, n° 38; Huc, t. X, n° 279, p. 370.

(2) Note sous un arrêt de la Cour de Paris du 8 mai 1862, dans le sens de l'interdiction absolue de la preuve par témoins du bail. D. P. 1862. 2. 113.

Nous ne dirons pas avec Dalloz (1) que le législateur eût mieux fait de laisser plus de latitude au juge et que, tout en lui recommandant de ne pas croire facilement à l'existence du bail, il aurait dû lui accorder la faculté de statuer sur un commencement de preuve écrite suffisamment probant. Toute mesure d'intérêt général lèsera fatalement quelques intérêts particuliers ; cela ne l'empêchera pas d'être juste et utile. Ici, l'intérêt public demande que les baux soulèvent le moins de contestations possible. A cet effet, le législateur a prescrit qu'ils ne pourront être établis que par écrit. Tant pis pour la partie qui aura négligé de se pourvoir de ce moyen de preuve imposé par la loi. C'est par sa faute qu'elle se trouvera dans l'impossibilité de faire reconnaître par la justice un bail d'ailleurs certain.

Les premiers mots de l'article 1715 peuvent donner lieu à une fausse interprétation : aux termes de cet article, la prohibition frappe le bail qui n'a pas encore reçu un commencement d'exécution. Faut-il conclure de là qu'on peut prouver par témoins l'exécution commencée, au cas où elle serait contestée ; et, cela fait, établir l'existence du bail de la même façon, par argument *a contrario* de l'article 1715 al. 1. ? Non, certainement ! (2).

L'exécution dont il s'agit dans l'article 1715, comme dans l'article 1716, c'est l'exécution volontaire à laquelle les parties procèdent de leur plein gré, parce qu'elles sont d'accord sur l'existence du bail. Si cette existence est discutée, et si, par suite, le contrat n'est pas encore

(1) Voir note ci-dessus.

(2) Cass. 25 août 1884, D. P. 1885, 1, 172 ; Guillouard, loc. cit., n° 84, p. 100; Baudry-Lacantinerie, loc. cit., n° 162, p. 84.

entré en voie d'exécution, seule, la preuve par écrit pourra trancher le débat.

Si, au contraire, l'existence du bail n'est pas contestée, ce qui se manifestera par un commencement d'exécution, les parties peuvent être, néanmoins, en désaccord sur certains points accessoires tels que le prix, la durée et les autres clauses.

Pour le prix, l'article 1716 prévoit un système de preuve spécial. En l'absence de quittance, « le propriétaire sera cru sur son serment si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts ; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré ». Mais l'admission de l'expertise n'entraîne pas celle de la preuve testimoniale, même appuyée d'un commencement de preuve par écrit. L'article 1716 déroge à l'article 1715 ; on ne peut en élargir arbitrairement la portée (1).

Quant à la durée et aux conventions accessoires du bail, l'article 1716 les laisse soumises à la règle prohibitive de l'article 1715, puisqu'il n'en parle pas. Elles ne pourront donc être établies que par écrit (2). On décide, toutefois, que la durée du bail sera déterminée, en l'absence d'écrit, suivant les règles spéciales aux baux faits sans fixation de temps (art. 1736, 1758 et 1774).

Enfin, les faits purs et simples relatifs à l'exécution du bail, tels que la consistance de l'immeuble, l'état des cultures, etc., pourront toujours être prouvés par témoins.

Il restera une ressource au propriétaire qui n'aura pas

(1) Guillouard, loc. cit., n° 79, p. 96 ; Contrà, Baudry-Lacantinerie, loc. cit., n° 170, p. 87.

(2) Contrà Guillouard, loc. cit., n° 83, p. 99.

de bail écrit ou ne possèdera qu'un commencement de preuve par écrit. Ce sera de renoncer à toute allégation de bail et d'attaquer l'occupant de son immeuble en usurpation et jouissance indue, fait matériel qu'il pourra prouver par témoins, et de lui demander le remboursement des fruits qu'il a perçus à tort, conformément à l'article 549 Code civil.

Une controverse analogue a surgi à propos de la transaction. Nous lui donnerons la même solution que pour le bail. Les termes de l'article 2044 sont absolument formels ; après avoir défini la transaction, le texte ajoute : « Ce contrat doit être rédigé par écrit ». On ne peut exclure plus nettement la preuve testimoniale. L'esprit de la loi est, du reste, conforme à sa lettre. L'objet de la transaction est de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. Il est donc de toute nécessité que son contenu soit déterminé avec précision ; autrement, on ne clorait une discussion sur le fond du procès que pour en rouvrir une autre sur les termes de l'accord intervenu. En outre, l'article 2052 déclare que les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. L'assimilation n'est pas exacte en tous points, mais on s'explique que le législateur ait voulu donner à la transaction la même certitude qu'au jugement et la soustraire aux dangers de la preuve par témoins. Or ces dangers subsisteraient, même en présence d'un commencement de preuve par écrit, bien qu'à un moindre degré (1).

(1) Dans ce sens : Laurent, t. XXVIII, n° 376, p. 369 ; Aubry et Rau, t. IV, § 420 texte et note 8, p. 661 ; Guillouard, Cautionnement et transaction, n° 86, p. 383 ; Bonnier n° 138 ; Huc, t. XII, n° 281, p. 320.

Contrà Baudry-Lacantinerie, Cautionnement et transaction, n° 1222, p. 591.

De toutes ces considérations, il ressort avec certitude que, lorsque le rédacteur du Code civil a placé la transaction sous la protection de la preuve littérale, « il a nettement manifesté sa volonté de la placer en dehors des règles générales sur la preuve des conventions, aussi bien de celle qui accueille la preuve par témoins pour les contrats n'excédant pas 150 francs, que de celle qui admet le même mode de preuve quand il y a un commencement de preuve par écrit, pour les contrats excédant ce chiffre (1) ».

§ II. — *Conditions d'application de l'exception.*

L'ancien droit n'avait pas réglementé les conditions d'admission du commencement de preuve par écrit. Aussi, sous l'ancienne législation, les juges avaient un pouvoir discrétionnaire pour déterminer les actes qui pouvaient jouer ce rôle (2).

Le Code civil a précisé le caractère légal du commencement de preuve écrite. Il exige un écrit émané de celui contre qui la demande est formée ou de celui qu'il représente, et rendant vraisemblable le fait allégué (art. 1347).

La détermination des deux premiers caractères rentre dans les attributions de la Cour de cassation (3). Quant au degré de vraisemblance du commencement de preuve

(1) Note sous un arrêt en sens contraire, Cass. 28 novembre 1864, D. P. 1865, 1. 105. Dans le même sens, Bordeaux 11 juillet 1898, D. P. 1899, 2. 149.

(2) Pau, 16 mai 1860, D. P. 1860, 5. 295.

(3) Cass. 8 février 1862, D. P. 1863, 5. 300. ; 10 décembre 1884, D. P. 1885, 1. 456.

par écrit, l'examen en est abandonné à l'appréciation des juges du fond.

I. — Il faut, d'abord, que le commencement de preuve présente le caractère d'un écrit. De simples paroles seraient insuffisantes, alors même qu'elles auraient été prononcées en justice, s'il n'en a pas été donné acte. Mais elles ont pleine valeur dès qu'elles ont été consignées dans un acte public, notamment dans un procès-verbal d'interrogatoire sur faits et articles. Dans ce cas, le refus de répondre, dûment constaté, pourrait être interprété comme un commencement de preuve (1).

L'absence de certaines écritures ne peut évidemment pas être considéré comme un commencement de preuve par écrit. Il paraît naïf de le dire. On a, pourtant, prétendu prouver la libération du débiteur obligé à titre d'emprunteur, par le non-report du prêt sur le carnet de comptabilité domestique du créancier. La Cour de Nancy a fait justice de cette prétention (2).

Encore moins pourrait-on voir un commencement de preuve par écrit dans les agissements ou les non-agissements de celui à qui on l'oppose. Le Tribunal civil de Bourgoin avait vu une preuve de nature à établir la remise d'une dette supérieure à 150 francs, dans l'inaction persévérante du créancier au sujet de cette dette, comparée à ses habitudes d'exigence bien connues. La Cour suprême réforma cette décision pour la raison que « les motifs précisés... ne se rattachaient par aucun point et sous aucun rapport à un écrit quelconque opposable au demandeur et que, dès lors, il faut dire qu'ils ne réunis-

(1) Cass. 17 décembre 1867, D. P. 1867, 1. 486.
(2) Nancy, 24 janvier 1893, D. P. 1895, 2, 132.

saient pas les éléments légaux du commencement de preuve par écrit, tels qu'ils sont définis et caractérisés par les articles 1341 et 1347 C. Nap. (1) ».

L'écrit dans lequel on prétend trouver un commencement de preuve doit être représenté. La Cour de cassation a très justement repoussé la preuve testimoniale dans l'espèce suivante : un créancier, voulant établir l'existence de sa créance, alléguait que des quittances d'intérêts signées de lui, mais écrites de la main du débiteur, se trouvaient parmi les papiers de ce dernier, lors de son décès, et qu'elles constituaient un commencement de preuve par écrit. Il demandait, en conséquence, à faire la preuve par témoins de ce fait. La solution donnée par la Cour suprême est très juridique : prouver par témoins l'existence d'un commencement de preuve par écrit, puis, sur la foi de cet écrit hypothétique, prouver également par témoins l'existence de l'obligation, cela reviendrait à employer exclusivement la preuve testimoniale pour une démonstration où la loi déclare qu'elle est insuffisante. De plus, n'est-il pas indispensable que le juge ait l'écrit sous les yeux afin qu'il puisse apprécier le degré de vraisemblance qu'il donne à la demande ? (2)

Cependant, il a été jugé qu'un écrit non représenté peut servir de commencement de preuve si l'existence en est reconnue par celui à qui on l'oppose (3). Cela suppose que les parties sont d'accord sur les termes de cet écrit ; sinon l'objection précédente s'appliquerait : comment le juge pourrait-il statuer sur la portée d'un écrit dont le contenu serait l'objet d'une contestation ?

(1) Arrêt précité, D. P. 1867, 1, 486.
(2) Cass. 5 mai 1856, D. P. 1856, 1. 197.
(3) Cass., 19 décembre 1849, D. P. 1850, 1. 234.

Le commencement de preuve par écrit peut être puisé dans des actes distincts, aussi bien que dans un acte unique. L'article 1347 ne s'y oppose nullement, et l'on ne voit pas quelle raison autre qu'une disposition formelle pourrait faire rejeter cette solution. La prétention contraire a été repoussée par la Cour de cassation (1).

L'écrit apporté comme commencement de preuve ne doit pas être nécessairement un acte. L'expression « commencement de preuve par écrit » est assez compréhensive pour pouvoir s'appliquer à toutes sortes d'écrits, qu'ils aient été ou non rédigés en vue de servir à la preuve. Il ne faut pas interpréter au pied de la lettre la définition donnée par l'article 1347 : «... tout *acte* par écrit qui est émané, etc. » Ce serait restreindre d'une façon exagérée la portée de cette disposition, que d'admettre les seuls actes comme commencement de preuve. Ce serait, même, rendre son application très hypothétique. Car, ou bien l'acte est valable, et alors il fait preuve complète ; ou bien l'acte est nul pour une raison quelconque, et, dans ce cas, il ne peut être allégué, même comme commencement de preuve. Il faudrait concevoir l'espèce assez rare d'un acte valable ne formant pas une preuve complète en faveur de celui qui l'invoque. Cela n'est pas admissible.

La doctrine et la jurisprudence se montrent beaucoup plus libérales dans leur définition du commencement de preuve par écrit. De simples notes, des lettres missives peuvent jouer ce rôle. Nous verrons plus loin quelles

(1) Cass., 27 novembre 1893, D. P. 1894, 1, 60.

conditions de rédaction elles doivent réaliser pour être réputées émaner de la personne à qui on les oppose (1).

Il y a quelques mots à dire sur les correspondances privées. La partie qui veut s'en servir en justice se heurtera parfois à un écueil.

Il est de maxime courante que l'on ne peut produire les lettres dites « confidentielles ». En principe, la lettre missive est la propriété de celui qui la reçoit; il peut donc l'opposer plus tard à son auteur. Mais cette faculté subira une restriction si la lettre contient des communications confidentielles.

Quand offrira-t-elle ce caractère ? On ne saurait donner un critérium absolu. C'est purement une question de fait que le juge devra trancher pour chaque espèce, en tenant compte de l'intention présumée des parties, de leurs situations respectives, des relations existant entre elles, enfin des convenances sociales examinées dans leurs rapports avec les circonstances ci-dessus. Ces divers éléments réagiront les uns sur les autres, et c'est leur résultante qui déterminera la décision du tribunal.

Ainsi, l'intention expressément formulée par l'auteur de la lettre de conserver secrète la communication qu'il fait, ne suffira pas à empêcher le destinataire d'en faire usage à l'occasion. Il serait trop commode de paralyser l'effet des déclarations contenues dans une lettre — la lettre d'un séducteur à la femme séduite, par exemple, — sous le prétexte qu'elle contient des aveux intimes formulés sous le sceau du secret. Comme l'a dit la Cour de cassation, « on

(1) Pothier, Tr. des obligations, n° 802 ; Demolombe, t. VII, n° 112, p. 129 ; Larombière, t. V, art. 1347, n° 16 ; Laurent t. XIX, n° 488, p. 506 ; Colmet de Santerre, t. V, p. 613, n° 320 *bis* II et III ; Aubry et Rau, t. VIII, § 764, p. 331 ; Huc, t. VIII, n° 293, p. 371.

ne saurait induire ce caractère et cette condition de la nature des aveux honteux que contiendrait la correspondance ; autrement, la responsabilité cesserait par cela même que l'immoralité serait plus grande de la part de l'auteur des faits qui y donneraient lieu » (1). Le caractère confidentiel d'une lettre ne doit être respecté que s'il a pour objet de dissimuler un fait licite. Il cède devant l'intérêt général, au nom duquel les délits et quasi-délits doivent emporter réparation en faveur de la victime, à l'encontre de celui qui les a commis.

Supposons, maintenant, une lettre invoquée par un autre que le destinataire.

La question est plus délicate. Dans deux hypothèses, aucune difficulté ne saurait s'élever.

D'abord, si ce tiers s'est procuré les lettres par des moyens frauduleux ou par l'effet du pur hasard, il ne pourra les produire en justice, qu'elles soient confidentielles ou non (2).

D'autre part, si les termes mêmes de la lettre indiquent qu'elle a été écrite dans l'intérêt du tiers qui la produit ou pour être portée à sa connaissance, le tiers a les mêmes droits que le destinataire (3).

Hors de ces cas, on admet le double principe que voici : 1° si la lettre n'est pas confidentielle, il suffit que le destitaire consente à sa production (4) ; 2° si la lettre est confi-

(1) Cass. 26 juillet 1864, D. P. 1864, 1, 347.

(2) Cass. 9 juin 1883, D. P. 1884, 1, 89 ; 15 juillet 1885, D. P. 1886, 1, 145 ; 11 mai 1887, D. P. 1887, 1, 332 ; Legris, Du secret des lettres missives, de leur propriété et de leur production en justice 2e éd., nos 155, 156 ; Hanssens, du secret des lettres, p. 277.

(3) Rousseau, Tr. de la correspondance par lettres missives et télégrammes, p. 30.

(4) Cass. 20 juillet 1880, D. P. 1881, 1, 179.

dentielle, le consentement du destinataire et celui de l'auteur de la lettre sont indispensables (1).

Nous avons dit qu'il appartient au juge du fait de décider si une lettre est confidentielle. Dans ce sens, une promesse de vente d'un immeuble d'une valeur supérieure à 150 francs a pu être prouvée par témoins, sur la production de lettres écrites par le présumé vendeur à son notaire, au sujet de la dite vente. La Cour d'appel de Paris, saisie de la question, admit que ces lettres n'avaient pas un caractère confidentiel (2).

II. — Il faut, ensuite, que l'écrit soit émané de celui contre qui la demande est formée, ou de celui qu'il représente.

On fait observer que cette seconde exigence de la loi, énoncée en ces termes, n'est pas suffisamment précise. Le législateur aurait dit avec plus d'exactitude : « L'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose ». Quand c'est le demandeur qui prétend faire usage du commencement de preuve écrite, la formule de la loi est irréprochable. Mais le défendeur, lui aussi, peut avoir à prouver le bien fondé d'une exception. L'expression de l'article 1347 est alors vicieuse, puisque l'écrit doit être l'œuvre du demandeur, de celui-là même qui forme la demande (3).

Il nous semble, au contraire, que les termes du Code peuvent, tels qu'ils sont, comprendre les deux hypothèses. La demande à laquelle il est fait allusion, c'est la demande en admission de la preuve. Or elle peut être formée soit par le demandeur au principal, soit par le défendeur devenu, dès lors, demandeur sur l'exception.

(1) Tr. correct. de la Seine 13 janvier 1887, journal « La Loi » du 18 avril 1887.

(2) C. d'app. Paris 31 octobre 1895, D. P. 1896, 2, 21.

(3) Aubry et Rau, loc. cit., § 764, p. 332, note 7 ; Laurent, loc. cit., n° 492, p. 509.

En principe, l'écrit est réputé émaner d'une personne lorsqu'il porte sa signature ou lorsque, n'étant pas signé d'elle, il est rédigé de sa main. L'un de ces deux éléments, signature ou écriture, doit nécessairement exister. A défaut, il n'y aurait pas commencement de preuve valable (1). Ainsi, une simple note, non signée et non écrite de la main d'un propriétaire rural, ne peut servir de commencement de preuve écrite du consentement donné par celui-ci à un tiers de chasser librement sur ses terres (2).

En sens inverse, on trouvera une preuve de cette nature dans une note attachée à des titres au porteur trouvés dans la succession d'une personne, si cette note, écrite par le *de cujus* lui-même, porte que les titres sont la propriété d'un tiers (3).

La croix apposée au bas d'un écrit ne peut suppléer la signature. Un billet souscrit dans ces conditions sera dépourvu de toute valeur probante (4).

Un individu alléguait une promesse de vente d'un terrain, à lui faite par le propriétaire. Il apportait, à l'appui de sa demande, une lettre autographiée et non signée, par laquelle il était invité à contribuer aux frais de construction d'une église, comme étant l'un des propriétaires du pays. La lettre avait été adressée, peut-être, à l'instigation du prétendu vendeur. Mais, comme elle ne portait ni son écriture, ni sa signature, la Cour de Paris,

(1) Pothier, tr. des oblig., nos 802 et 806 ; Demolombe, t. VII, n° 115, p. 131 ; Laurent, t. XIX, n° 497, p. 513 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 764, p. 333 ; Huc, t. VIII, n° 292, p. 370.

(2) Nancy, 10 décembre 1861, D. P. 1862, 2, 23.

(3) Paris, 27 décembre 1866. D. P. 1867, 2, 30.

(4) C. d'app. Bourges, 21 novembre 1871. D. P. 1872, 2, 146.

dans un arrêt du 11 août 1869, rejeta la demande d'enquête (1).

Voici une espèce sur laquelle la Cour de cassation a été appelée à statuer dans un arrêt du 28 mai 1895 (2). Une quittance avait été rédigée par un autre que le créancier. Celui-ci avait seulement inscrit en marge de l'acte, et de sa propre main, une approbation d'écriture ; en outre, au bas de la quittance, le créancier avait placé sa signature sur le timbre mobile de 0,10 centimes apposé conformément à l'article 18 de la loi du 23 août 1871. Cette signature portait entièrement sur le timbre, sauf la dernière lettre du nom qui débordait au-delà. La Cour trouva dans l'ensemble de l'acte un commencement de preuve par écrit de la libération. En l'espèce, l'approbation rédigée par le créancier suffisait, à elle seule, à justifier cette décision. Quant à la signature placée sur le timbre mobile, à défaut de la mention marginale elle eût été dénuée de toute valeur. En effet, elle n'était pas apposée sur l'acte, puisqu'elle figurait seulement sur la vignette mobile imposée par la loi fiscale. L'acte se trouvait donc ne posséder ni l'écriture, ni la signature de son auteur présumé. Cette solution n'est pas d'une rigueur exagérée, car il n'était pas impossible que timbre et signature aient été frauduleusement transportés à la place qu'ils occupaient.

L'acte écrit ou signé par un tiers ne remplit pas, évidemment, la condition exigée par l'article 1347. Il ne sera jamais un commencement de preuve par écrit.

En sens inverse, si l'écrit est l'œuvre de celui à qui on

(1) V. Journal le *Droit* du 22 septembre 1869.
(2) D. P. 1895, 1, 527.

oppose, il importe peu que la partie qui veut en tirer avantage soit complètement étrangère à cet écrit, et que cet acte soit intervenu pour constater une convention à laquelle elle n'était pas intéressée. L'article 1347 ne contient aucune disposition de nature à infirmer cette solution.

Un arrêt de la Cour de cassation a fait une application de ce principe (1). Le possesseur d'une terre est actionné par un tiers qui revendique l'immeuble comme sien. Sur la poursuite, le possesseur allègue avoir reçu la pièce de terre du revendiquant lui-même, en remboursement de certaines créances qu'il avait contre ce dernier. Comme commencement de preuve écrite, le possesseur apporte l'extrait d'un acte de vente notarié passé quelques années auparavant entre son adversaire et un acquéreur, et portant aliénation d'un domaine avec la restriction suivante : « Dans cette aliénation, n'est pas comprise... telle terre distraite en faveur de X. (le possesseur actuel), pour le remplir d'une partie de ses droits de légitime dans la succession de son père. » La preuve testimoniale fut déclarée admissible.

Il n'est pas indispensable, non plus, que la personne contre qui est invoqué un écrit ait été partie contractante à l'acte que cet écrit relate. Il suffit qu'elle y soit intervenue dans son propre intérêt et que la clause émane bien d'elle.

Cette solution a été combattue dans une application toute spéciale. On a dit que le notaire ne pouvait se voir opposer les actes qu'il a signés en cette qualité. En effet, non seulement il n'est pas partie à l'acte, mais il n'y

(1) Cass. 6 novembre 1838. Dall. Répert. V° Obligations n° 4783, note 3.

intervient même pas comme un tiers quelconque qui vient faire volontairement une déclaration utile à ses intérêts. Le notaire figure dans l'acte comme officier public, en vertu du mandat légal qui lui est imposé, et sans intention de s'obliger personnellement (1).

A cela on peut répondre que l'écrit, étant signé du notaire, rentre dans les prévisions de l'article 1347; que, de plus, rien n'obligeait le notaire à recevoir un acte contenant des énonciations qui pouvaient lui être préjudiciables; enfin, qu'il lui était loisible de faire des réserves au sujet des clauses susceptibles d'engager sa responsabilité (2).

La Cour de Bordeaux n'a pas admis cette manière de voir (3). Un notaire avait une créance hypothécaire contre un de ses clients. Celui-ci vendit les immeubles hypothéqués, par acte aux minutes du même notaire, qui passa également les quittances du prix. Sur la poursuite du notaire, les héritiers du débiteur opposèrent la libération, sur le fondement d'un commencement de preuve par écrit résultant des divers actes signés par le notaire. La Cour rejeta cette prétention pour deux raisons : en premier lieu, parce que les actes visés par la défense ne contenaient aucun fait positif qui pût faire présumer la libération, simple constatation de fait laissant intact le fond du droit; en second lieu, parce que le notaire est étranger aux énonciations des actes qu'il reçoit.

Aujourd'hui, la jurisprudence semble avoir adopté l'opinion contraire. Elle a décidé, à diverses reprises, 1° que

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 764, p. 333, texte et note 9; Laurent, t. XIX, n° 493, p. 510, mais il apporte quelques réserves dans son opinion.

(2) Demolombe, t. VII, n° 132, p. 146; Larombière t. V, art. 1347, n° 12.

(3) Bordeaux 14 février 1832. Dev. et Car. 1832, 2, 292.

la clause d'un acte d'obligation notarié portant élection de domicile en l'étude du notaire pour le paiement de la dette, vaut commencement de preuve par écrit du mandat donné à ce notaire de recevoir le paiement (1); 2° qu'un commencement de preuve par écrit du même mandat peut résulter de la clause d'un acte de vente indiquant l'étude du notaire comme lieu de paiement (2).

Faut-il aller plus loin, et décider que la simple présence d'une personne comme témoin emporte sa participation à l'acte ? Sa signature, en cette qualité, pourra-t-elle lui être opposée plus tard ?

On décide généralement que non, et avec raison. On ne peut dire que l'acte émane, en tout ou en partie, du témoin. Il y est appelé pour jouer un rôle tout spécial qui constitue une pure formalité et ne comporte pas une approbation du contenu de l'acte.

Dans le plus grand nombre des actes notariés, le témoin n'est pas obligé d'assister à la lecture de l'acte (3). Il n'en prend pas connaissance et n'intervient que pour apposer sa signature à côté de celle du notaire et rendre par là un faux matériel plus difficile à commettre.

Lorsque, par exception, la loi exige la présence du témoin à la lecture de l'acte (4), il y assiste, non pour sauvegarder ses propres intérêts, mais pour prévenir la fraude de l'une des parties au détriment de l'autre.

(1) Rennes 14 avril 1884 et, sur pourvoi, Cass. 28 février 1887. Gazette du Palais 1887, t. II, p. 164, 165. Cass. 14 janvier 1896. D. P. 1896, 1, 558.

(2) Cass. 7 novembre 1899. D. P. 1899, 1, 563.

(3) Loi du 21 juin 1843, art. 1.

(4) En matière de donations entre vifs, de donations entre époux pendant le mariage, de révocations de donation ou de testament, de reconnaissances d'enfants naturels, ou de procurations pour consentir à ces divers actes Voir loi du 21 juin 1843, art. 2.

Il n'est pas admissible que le témoin soit engagé par des énonciations dont il n'a pu avoir qu'une connaissance très superficielle, et qu'il ne devait pas envisager au point de vue de ses intérêts personnels (1).

L'acte écrit par celui-là même qui l'oppose ne peut servir de commencement de preuve par écrit ; on ne peut en effet se créer de titre à soi-même. Cela paraît élémentaire. En certains cas, pourtant, on comprend l'hésitation de quelques uns devant les conséquences rigoureuses du principe. Le créancier d'une rente a négligé de se procurer un titre nouvel de sa créance, comme l'article 2263 l'autorise à le faire. Il se voit opposer la prescription de trente ans ; mais il peut la combattre en prouvant que, depuis cette époque, des arrérages lui ont été payés. Nous avons admis ailleurs que le paiement ne pouvait, même en cette hypothèse, être prouvé par témoins au-dessus de 150 francs ; il faut un commencement de preuve écrite remplissant les conditions prescrites par l'article 1347. Or une quittance d'arrérages signée du créancier est trouvée dans les papiers du débiteur. Le créancier peut-il l'invoquer comme commencement de preuve du paiement ?

La négative paraît certaine. L'acte n'émane pas de celui à qui on l'oppose. Toullier conteste cette solution : le débiteur, dit-il, s'est approprié ces titres en les conservant à dessein dans ses papiers pour justifier, au besoin, de sa libération (2).

Nous indiquerons plus loin qu'à notre avis, il faut autre chose que la simple détention d'un écrit pour le faire sien.

(1) Contrà C. d'appel d'Agen, 7 décembre 1822. Dalloz. Répert. v° Obligations, n° 4784.

(2) Toullier, vol. V, 1re partie, n° 98, p. 107.

En outre, comme le font remarquer MM. Aubry et Rau (1), rien ne prouve que le créancier n'a pas frauduleusement glissé la quittance parmi les papiers du débiteur.

L'acte sous seing privé dont le texte et les signatures ont été barrés ou biffés est entièrement dépourvu de valeur, même comme commencement de preuve. Il n'est ni écrit ni signé par l'adversaire, puisque l'écriture et la signature ont été volontairement annulées. Loin de rendre vraisemblable le fait allégué, il en démontre au contraire l'inexistence, car la cancellation du titre révèle clairement la rupture de la convention qui y était contenue (2).

Enfin, il est inutile d'ajouter que si l'écrit invoqué est l'objet d'une dénégation d'écriture ou de signature de la part de l'adversaire, celui qui veut en faire usage doit procéder au préalable à sa vérification en justice (3).

Nous venons d'examiner, sous ses diverses faces, la deuxième condition imposée par l'article 1347 au commencement de preuve par écrit. Nous savons exactement ce que la loi entend par écrit « émanant de celui contre qui la demande est formée » : elle suppose un acte écrit ou signé par ce dernier. Avant de passer aux diverses exceptions apportées à cette exigence, il sera bon d'étudier quelques applications du principe dans une hypothèse particulière, celle des *actes nuls*.

L'écrit allégué comme commencement de preuve peut, par sa nature même, être incapable de faire foi complète. C'est le cas des simples écritures, notes ou lettres missives,

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 764, p. 333, texte et note 13 ; dans le même sens Larombière, t. V, art. 1347, n° 13.

(2) Bordeaux, 3 juin 1887, D. P. 1888, 2. 125.

(3) Aubry et Rau, loc. cit., p. 334, texte et note 17 ; Bonnier, t. I, n° 168 ; Larombière, loc. cit. n° 25.

n'ayant pas été rédigées dans un but de preuve. Ce sont aussi les mentions contenues en des actes réguliers, mais se rapportant aux faits ligitieux d'une façon trop indirecte pour leur donner une certitude absolue : telles sont les clauses d'où l'on prétend déduire une obligation quelconque à la charge du notaire rédacteur ou d'un tiers signataire. Si elles sont formelles, elles constituent une preuve complète ; mais, le plus souvent, il faudra un effort de raisonnement pour leur faire produire l'effet visé ; elles seront alors de simples commencements de preuve. Cette nécessité d'une induction plus ou moins directe peut aussi donner ce caractère à certaines énonciations concernant les parties elles-mêmes. Ainsi, quand l'un des contractants voudra établir que la convention relatée dans un acte est simulée, les termes de cet acte ne contiendront jamais qu'un commencement de preuve de la simulation (1).

Il y a aussi des actes destinés, dès l'origine, à faire preuve entre les parties et qui, cependant, ne réalisent pas le but proposé. Ce sont les actes frappés de nullité pour inobservation d'une disposition légale. Suivant les cas, ils seront sans valeur ou pourront constituer un commencement de preuve par écrit.

Les actes authentiques sont nuls quand l'officier public qui les a passés est incompétent ou incapable, ou bien quand il a omis une formalité indispensable. Ils deviennent alors des écrits privés, car le caractère authentique n'a pu leur être conféré.

Ceci posé, il est facile de déterminer la force probante de ces actes.

(1) Alger 18 juin 1895, D. P. 1896, 2, 308.

Aucune des parties n'a-t-elle signé l'acte? Comme elles ne l'ont pas écrit non plus, c'est, désormais, un papier sans valeur.

Les deux parties ont-elles signé? L'acte vaut comme acte sous seing privé et pas seulement comme commencement de preuve. (Arg. art. 1318 Civ. et art. 68 loi du 25 Ventôse an XI.) Même solution si, l'acte étant unilatéral, la partie qui s'oblige a apposé sa signature.

Que décider lorsqu'un acte bilatéral porte la signature d'un seul des contractants? Il n'est plus question, pour cet acte, de faire preuve complète. Mais peut-on l'opposer comme commencement de preuve par écrit à celui qui l'a signé? Les auteurs ont longuement discuté là-dessus. Il semble qu'il y ait un point de fait à éclaircir. L'écrit est signé de la partie; donc, il respecte les deux premières exigences de l'art. 1347. Est-ce à dire qu'il fera toujours foi? Non! car la troisième condition peut n'être pas remplie. L'écrit rend-il vraisemblable le fait allégué? Voilà ce qui est à considérer.

Si le défaut de signature de l'autre contractant est l'effet d'une omission, l'acte peut rendre vraisemblable les faits qui y sont énoncés. Si, au contraire, l'absence de signature est due à un refus, cela démontrera au juge que la convention relatée dans l'acte est inexistante pour défaut de consentement : il ne peut y avoir de commencement de preuve rendant vraisemblable un fait qui n'existe pas.

De même, supposons qu'un acte authentique, nul en cette qualité, contienne obligation de deux débiteurs envers un créancier. Un seul débiteur l'a signé; sa signature pourra-t-elle lui être opposée? Pas nécessairement, car peut-être le signataire n'a-t-il eu l'intention de s'obli-

ger qu'avec le concours de l'autre débiteur (1). L'appréciation de cette circonstance rentre dans le pouvoir discrétionnaire du juge.

Un acte authentique a été dressé par un notaire instrumentant en sa propre cause. Il est nul, certainement, comme acte authentique. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur ce point (2). On se demande s'il peut servir d'acte sous seing privé ou, au moins, de commencement de preuve par écrit.

La Cour de cassation a décidé que non. Voici, en substance, les arguments qui motivent cette décision.

En premier lieu, l'acte n'est pas signé de la partie. Il est bien signé par le notaire comme officier public, mais non pas comme simple particulier. Cette signature est nulle comme l'acte authentique lui-même.

D'autre part, « la raison indique et l'esprit de la loi démontre que les notaires ne peuvent être à la fois parties intéressées et officiers publics... Un tel acte, réprouvé et déclaré nul par la loi, ne peut valoir ni comme acte public, ni comme acte privé, en faveur du notaire qui l'a reçu en contravention d'une prohibition d'ordre public, laquelle ne permet de laisser subsister aucun des effets dudit acte » (3).

Le premier argument ne nous convainc pas. Le notaire, dit-on, n'a pas signé comme partie privée. Cette distinction entre les deux personnalités du notaire est bien subtile. On ne peut nier qu'il y ait là un écrit

(1) Demolombe, Tr. des Contrats, t. VII, p. 136, n° 122; Aubry et Rau, t. VIII, § 764, texte et note 27.

(2) Amiens 6 mars 1844, Dev. et Car. 1847, 2, 371; Angers 13 mars 1847, Dev. et Car. 1847, 2, 473.

(3) Cass. 15 juin 1853, Dev. et Car. 1853, 1, 530.

signé X... Quelle que soit la valeur authentique de l'acte, la signature n'en subsiste pas moins. Cela doit suffire à lui faire attribuer la qualité d'acte sous seing-privé.

Quant à la seconde considération, elle est basée sur une interprétation beaucoup trop rigoureuse de l'article 8 de la loi de Ventôse. Ce texte se borne à interdire aux notaires de passer des actes dans lesquels leurs parents ou alliés sont intéressés. On en conclut, *à fortiori*, qu'ils ne peuvent le faire lorsque l'opération les concerne eux-mêmes. Cette conclusion est correcte. Mais rien, dans la formule de l'article 8, ne permet de supposer que le législateur a voulu frapper l'acte de nullité, à la fois comme acte public et comme acte sous seing-privé. Il semble, au contraire, très légitime de faire application de l'article 1318 Cod. civ., qui vise les actes « qui ne sont point authentiques par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier ». N'est-ce pas là exactement notre espèce ? (1).

Un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 31 mai 1845 (2) a admis le système que nous défendons. Mais la Cour fait une restriction fort discutable : l'acte sera valable comme acte sous seing privé, mais à la condition qu'il soit revêtu des formes voulues pour la validité des actes de cette nature, savoir, le *bon* ou *approuvé*, si l'acte est unilatéral, le double écrit et la mention sur chacun des deux originaux, si l'acte est bilatéral. Cette exigence ne paraît pas justifiée, en présence de la généralité des termes employés par l'article 68 de la loi de Ventôse et l'art. 1318 C. civ.

(1) Laurent. t. XIX, n° 503, p. 517.
(2) Dev. et Carette, 1849, 2, 631.

Les actes sous seing privé sont, eux aussi, sujets à des nullités de forme. Elles sont, naturellement, beaucoup moins nombreuses que pour les actes authentiques.

L'article 1325 décide que « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. »

Au cas où le nombre d'originaux n'est pas égal au nombre des parties, on se demande si l'acte vaut, au moins, comme commencement de preuve par écrit.

La question est tranchée par l'affirmative en jurisprudence, mais demeure controversée en doctrine.

Un premier système donne à la nullité prononcée par l'article 1325 un caractère absolu (1). Ce n'est pas seulement l'acte sous seing privé qui est dépourvu de toute valeur ; la convention elle-même est caduque. Ni l'acte, ni aucun autre moyen de preuve ne pourront établir l'existence d'un fait juridique vicié dès sa naissance. Demolombe est le plus éminent défenseur de cette théorie radicale (2). Voici, en quelques mots, l'argumentation sur laquelle elle repose : l'article 1325, en déclarant non valables les actes qui ne sont pas rédigés en un nombre d'originaux égal à celui des parties, crée une présomption légale de fraude à l'encontre de la partie qui l'invoque. La loi présume que celle-ci tient à sa discrétion l'autre partie, qui a négligé de se munir d'un double dûment signé. Sur le fondement de cette présomption, le législa-

(1) Dans le sens de l'affirmative : Cass. 28 novembre 1864, D. P. 1865, 1, 105 ; 29 juillet 1872, D. P. 1874, 1, 430 ; 23 avril 1877, D. P. 1877, 1, 366 ; Bordeaux, 1er avril 1889. D. P. 1890, 2, 15 ; Besançon, 1er février 1893, D. P. 1893, 2, 590.

(2) Demolombe, tr. des contrats, t. VI, p. 352, nos 421 et suiv.

teur dénie toute validité à l'acte. On tombe alors dans la sphère d'application de l'article 1352 du Code civil, et, conformément à cette disposition, aucune preuve contraire à la présomption ne saurait être admise.

Ce raisonnement suppose que l'annulation prononcée par l'art. 1325 vise, non pas l'*instrumentum*, mais la convention elle-même. Les partisans du système le reconnaissent volontiers et ne s'en embarrassent pas. Le Code civil, disent-ils, a fréquemment désigné les conventions sous le nom d'actes ; il n'y a pas de témérité à affirmer qu'ici aussi il a pris le mot acte dans cette acception.

Cette prétention ne paraît pas acceptable. Cela ressort de la place occupée par l'art. 1325 sous la section de la « preuve littérale » et sous le paragraphe « de l'acte sous seing privé ». Le contexte même de cet article exclut une pareille interprétation : « L'acte, prescrit l'art. 1325, doit être en plusieurs originaux ». Que signifie cette phrase ? Que l'écrit type, relatant les accords définitifs des parties, doit être reproduit en un certain nombre d'écrits conformes. Comment, d'ailleurs, pourrait-on faire une *convention* en plusieurs originaux ? Si l'article 1325 avait le sens qu'on lui prête, il devrait être conçu, à peu près, dans les termes suivants : « La convention contenant des accords synallagmatiques, et que les parties se proposeront de passer par acte sous seing privé, sera relatée en autant d'originaux qu'il y a de parties... ».

On ajoute encore la considération que voici : en admettant que l'acte dont parle l'article 1325 soit l'*instrumentum*, lui accorder la force d'un commencement de preuve serait méconnaître la pensée du législateur. Il a voulu, en effet, que chacune des parties détînt son titre

en mains, et qu'il y eût ainsi, entre tous les contractants, la plus complète égalité (1).

Ce principe n'est écrit nulle part. Spécialement, dans les conventions synallagmatiques, il arrivera souvent qu'une seule des parties possèdera un commencement de preuve par écrit, une lettre missive, par exemple ; personne ne lui contestera, pourtant, le droit d'en faire usage. Ce que la loi a eu pour but d'éviter, c'est que l'un des intéressés possédât une preuve *complète* que ne posséderait pas l'autre partie ; mais elle n'a pas songé à maintenir cette égalité pour les moyens de preuve *incomplets*.

Demolombe a senti la faiblesse de cet argument. Aussi cherche-t-il ailleurs une nouvelle justification de sa théorie. La nullité absolue de l'acte, dit-il, en dehors des termes décisifs de l'article 1325, s'explique par l'intention des parties : dès l'instant qu'elles ont résolu de passer un écrit sous seing privé de leur convention, elles ont entendu contracter sous la condition que l'acte serait régulier et qu'il fournirait à chacune d'elles un moyen égal de la prouver.

Que telle ait été leur intention, c'est vraisemblable. Mais, de là à en faire une condition d'existence de la convention, il y a loin : la loi ne l'ayant pas formellement présumée, on ne peut l'introduire dans une convention écrite, sur le fondement d'une présomption simple, sans violer l'article 1353 (2).

L'article 1326 décide que « le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage

(1) Voir, en ce sens, note sous cass. 28 novembre 1864 précité.

(2) En ce sens Laurent, t. XIX, n° 529 ; Huc, t. VIII, n° 241, p. 301 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 756, p. 231, texte et note 38.

envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. »

Comme pour l'article 1325, on est amené à examiner quel sera le résultat de l'inobservation de cette disposition. L'acte sous seing privé contenant obligation unilatérale et dépourvu du bon ou approuvé, pourra-t-il servir de commencement de preuve par écrit ?

Le procédé pour résoudre cette question est le même que pour la question précédente. Il est certain que le billet ne portant pas la mention requise, mais signé de la main du débiteur, remplit les conditions exprimées par l'article 1347. Il doit, en conséquence, former commencement de preuve par écrit, à moins que la nullité ne frappe l'obligation et non pas seulement l'acte qui la constate. Ici, peu ou pas de controverse. La jurisprudence admet unanimement l'affirmative, et la doctrine, à part quelques dissidents, se rallie à la même opinion (1).

Pourquoi cette différence d'interprétation entre les deux articles ? C'est que, d'abord, l'article 1326 est rédigé en d'autres termes que l'article 1325. Ce dernier prononce une nullité ; on pouvait se demander quelle en était la nature et si elle concernait la forme ou le fonds. L'article 1326, au contraire, édicte une simple obligation, sans en préciser

(1) Parmi les plus récentes décisions, voir Cass. 7 juin 1882, D. P. 1883, 1, 194 ; Besançon, 1er décembre 1884, D. P. 1885, 2, 239 ; Cass. 16 février 1892, D. P. 1892, 1, 248.

Dans la doctrine : Demolombe, t. VI, nos 492, 493 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 756, note 84 ; Larombière, art. 1326, no 28, t. IV ; Laurent, t. XIX, no 530 ; Colmet de Santerre, t. V, no 289 *bis* ; Huc, t. VIII, no 247.

En sens contraire Delvincourt, t. II, p. 613.

la sanction en cas d'inexécution; d'autre part, cette prescription figure au titre de la preuve littérale, qui détermine les conditions imposées à l'acte écrit pour faire preuve complète. En rapprochant ces deux constatations, il est logique de conclure que le défaut d'observation de l'article 1326 aura pour seul effet d'enlever au titre la force probante complète accordée aux actes sous seing privé par l'article 1322. Quand ce texte accorde aux actes privés reconnus la même foi qu'aux actes authentiques, c'est sous la condition implicite qu'ils satisferont aux diverses exigences énoncées dans le même titre. S'ils n'y satisfont pas, ils ne feront pas preuve entière; mais ils vaudront ce que valent des écrits quelconques qui ne sont pas des actes, c'est-à-dire commencement de preuve, si les conditions de l'article 1347 sont respectées.

Une autre raison nous permet d'affirmer que les rédacteurs du Code civil n'ont pas eu l'intention de proscrire toute preuve de l'obligation unilatérale irrégulièrement constatée par écrit. Une disposition antérieure avait formulé cette prohibition absolue. La déclaration de 1733 avait cru prévenir les faux en écriture privée en déclarant « nuls et de nul effet et valeur » les billets ne portant pas en toute lettres le « bon ou approuvé » du débiteur (1).

Ce dernier devait seulement affirmer, sous la foi du serment, « qu'il n'en avait point reçu la valeur ». L'expérience démontra les vices de ce système : pour éviter le danger des faux billets, la loi dépouillait de toute valeur des billets très sincères, pour lesquels un créancier simple et peu instruit n'avait pas su exiger la mention du « bon ou approuvé ».

(1) Toullier, D. civ. Vol. V, 1re partie, nº 81.

La jurisprudence du Parlement admit certains adoucissements a la rigueur de la loi.

Si les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit la disposition dont ils connaissaient les inconvénients, ils l'ont fait à dessein : « Avertis par l'expérience et guidés par l'opinion publique, nos sages législateurs ont voulu, sur ce point, bannir de la nouvelle législation les vices de l'ancienne (1) ».

Les actes sous seing privé nuls pour vice de forme peuvent donc servir de commencement de preuve par écrit. Que faut-il décider au sujet des projets d'actes ?

Il y a une distinction à faire : nous distinguerons le *projet d'écrit* et le *projet de convention*. Cela demande une explication.

Nous entendons par projet d'écrit l'acte rédigé provisoirement par l'une ou l'autre des parties : tel serait, par exemple, un brouillon de reconnaissance de dette. C'est un projet, parce que la partie, désireuse de fixer les éléments d'un contrat verbal d'ailleurs définitif, a jeté sur le papier des notes destinées à faciliter la rédaction. Le projet d'acte rentre donc dans la catégorie des simples notes ou des actes sous seing privé nuls, que nous avons étudiés plus haut. Il peut fournir un commencement de preuve s'il est, au moins, écrit de la main de celui à qui on l'oppose et si les mentions qu'il contient sont suffisamment précises pour rendre la convention vraisemblable (2).

Le projet de convention peut être rédigé en la forme d'un acte sous seing privé parfaitement régulier, c'est-à-dire être dûment signé des parties et porter les mentions

(1) Toullier, loc. cit., p. 74.
(2) Cass. 4 juin 1896. D. P. 1896, 1, 456.

exigées par la loi. Mais, de l'examen de ses termes, il apparaît que les souscrivants n'ont pas entendu se lier définitivement. Ils ont subordonné leur accord final, implicitement ou explicitement, à la fixation ultérieure des éléments essentiels du contrat. En l'espèce, la convention ne s'est pas formée, faute de consentement sur les bases qui doivent la constituer. Ou, si l'on veut, la convention est née, mais avec la condition que les parties s'entendront plus tard sur les éléments constitutifs. Or cette condition, purement potestative, frappe la convention de nullité dès sa naissance. Le contrat, étant nul, ne saurait être établi par aucun moyen de preuve. L'acte lui-même ne vaudrait pas commencement de preuve écrite d'un contrat nul ; d'autant plus que ce sont précisément les énonciations de cet acte qui proclament sa nullité.

Le Tribunal civil de Lorient a fait une application de ces principes dans un jugement du 27 février 1895 (1).

Les livres des marchands font preuve contre eux (art. 1330 du Code civil). Cela va de soi : ils émanent de ceux à qui on les oppose, étant rédigés soit par eux-mêmes, soit par leurs commis ou mandataires.

Ils font foi, également, en faveur de ceux qui les ont tenus régulièrement, à l'encontre des commerçants (art. 12, Code Com.). Cette dernière disposition est spéciale aux matières commerciales.

Mais peuvent-ils être invoqués contre les personnes non marchandes ? L'article 1329 du Code civil répond à cette question : « Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard

(1) D. P. 1899, 2, 266.

du serment. » La phrase finale de ce texte nous renvoie à l'article 1367 du Code civil, relatif au serment supplétoire. Ce serment peut être déféré quand la demande ou l'exception n'est ni pleinement justifiée, ni totalement dénuée de preuve. En rapprochant ces deux articles, on voit que les livres de commerce ont, d'après la loi, un seul effet à l'encontre des personnes non marchandes y figurant comme débitrices : celui d'autoriser le juge à leur déférer le serment. Evidemment, ces livres constituent un commencement de preuve, puisque le serment supplétoire n'est admis que lorsque la demande est déjà partiellement établie. Ils forment donc un commencement de preuve, mais un commencement de preuve autre que celui qui est exigé par l'article 1347. En effet, au lieu d'émaner de celui à qui on l'oppose, il est l'œuvre de celui-là même qui veut en faire usage devant la justice.

Ce commencement de preuve est-il suffisant pour donner passage à la preuve testimoniale ?

Dans une opinion, on se prononce pour la négative : l'article 1329 ne parlant que du serment, celui-ci doit être seul recevable (1).

Dans une autre opinion, on soutient que l'article 1329 admet implicitement, par une raison *a fortiori*, la preuve par témoins *in coadjuvationem scripturæ*. En permettant le plus, la loi est toujours censée permettre le moins. Or, « admettre le témoignage du demandeur ou son serment pour décision dans sa propre cause, c'est infiniment plus que lui permettre d'invoquer le témoignage de personnes

(1) Baudry-Lacantinerie, Pr. de Dr. civ., t. II, n° 1229, p. 872 ; Huc t. VIII n° 257, p. 322 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 757, p. 270, texte et note 4, Demolombe, Tr. des Contr., n°s 609 et 610, p. 528 ; Laurent, t. XIX, n° 339, p. 372.

désintéressées (1) ». Si le législateur a pleine confiance dans la parole du marchand et n'envisage pas la possibilité d'un faux serment de sa part, il serait étrange qu'il le crût capable de provoquer de faux témoignages. Ces témoignages seront, d'ailleurs, contrôlés par la contre-enquête toujours ouverte au défendeur.

Ces considérations ne nous convainquent pas. La loi a pu autoriser un serment qui n'est au reste pas décisif et dont l'effet probant dépend de l'appréciation du juge. Mais il est très possible que la preuve testimoniale ait été passée sous silence à dessein, parce que le législateur ne voulait pas voir s'ouvrir des enquêtes longues et coûteuses. Dans le doute, l'interprétation serrant de plus près le texte est la plus sûre.

Voici, maintenant, quelques difficultés relatives aux actes authentiques.

Ils sont de deux sortes : ceux qui doivent être signés des parties et ceux pour lesquels cette formalité n'est pas nécessaire.

L'article 14 de la loi du 25 Ventôse an XI porte que les actes notariés seront signés des parties et que mention sera faite de ces signatures. Toutefois, le même article permet de suppléer au défaut de signatures par la mention faite par le notaire, à la fin de l'acte, que les parties ne savent ou ne peuvent signer. L'acte fait alors preuve complète. En dehors de ce cas, le défaut de signature des parties emporte nullité de l'acte (arg. article 68 même loi).

M. Laurent admet que l'acte, d'ailleurs régulier et signé par le notaire, peut servir de commencement de preuve par

(1) Toullier, vol. V, 1re partie, nº 70, p. 64.

écrit, bien que ne portant pas la signature des contractants Suivant lui, la signature du notaire suffit à établir que l'acte émane bien des parties qui y sont dénommées (1).

Cette solution paraît inexacte. L'acte est nul comme acte authentique. Il vaut seulement comme écriture privée, s'il est signé des parties. La loi est formelle à cet égard. On ne voit pas comment la signature du notaire, qui n'a aucune valeur authentique puisque l'acte est nul, pourrait faire écarter l'application de dispositions légales aussi précises que l'art. 1318 Code civ. et l'art. 68 de la loi de ventôse.

Il y a, dans ce sens, un arrêt de la Cour de Nîmes du 17 juin 1890 (2). Un acte notarié ne portait pas la signature de la partie. Il ne contenait pas, non plus, la mention que « la partie qui ne l'a point signé avait déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer ». L'adversaire soutenait que l'acte, quoique non revêtu de la signature de la partie, devait être considéré comme un commencement de preuve par écrit. La Cour rejeta cette prétention avec des considérants très juridiques : « Attendu que le notaire dont l'œuvre est nulle pour vice de forme, n'est plus officier public ; que son œuvre perd totalement, au regard des parties, son caractère d'acte authentique ; qu'il n'est plus, lui-même, qu'un simple témoin impuissant à constater que l'acte émane des personnes qui y figurent; que si l'art. 1318 conserve, pourtant, à son œuvre un reste de valeur, et jusqu'à la force probante d'un acte sous seing privé, c'est à la condition que les parties l'aient signé ; que si

(1) Laurent, t. XIX, n° 501, p. 516.
(2) D. P. 1891, 2, 25.

cette signature fait défaut, il n'y a plus ni écriture privée ni écriture authentique » (1).

Un grand nombre d'actes authentiques sont dispensés de la signature des parties en cause : ce sont tous les actes ayant un caractère judiciaire. Telles sont, par exemple, les adjudications, licitations et ventes par devant la justice. « L'enchérisseur cesse d'être obligé, si son enchère est couverte », dit l'art. 705 du Code proc. civ.; cela prouve clairement que, si l'enchère n'est pas couverte, l'enchérisseur est engagé sans même avoir besoin d'apposer sa signature.

L'adjudicataire, dans une vente devant notaire, devrait signer le procès-verbal d'adjudication, car, ici, la garantie de la justice n'existe plus.

Ce qui est vrai des ventes judiciaires, est vrai aussi de toutes déclarations faites devant les juges, soit à l'audience, soit dans un interrogatoire sur faits et articles, soit dans l'interrogatoire d'un juge d'instruction.

Examinons sommairement ces diverses hypothèses.

Les déclarations faites à l'audience peuvent provenir soit de la partie, soit de son avoué. Nous verrons plus loin que celles-ci sont opposables au mandant, sauf désaveu. Les plaideurs comparaissent en personne devant les tribunaux de paix. Devant les tribunaux civils, le ministère de l'avoué est indispensable. Toutefois, pour arriver à la découverte de la vérité, les juges peuvent, en toute matière, ordonner la comparution personnelle des parties, soit d'office, soit sur la demande de l'une d'elles. Cette comparution est possible, même dans les cas où la preuve

(1) En ce sens Demolombe, t. VII, n° 120, 121 ; Aubry et Rau, § 764, p. 334; Larombière, t. V, art. 1347, n° 18.

testimoniale est interdite (1). Mais, en thèse générale, quelles que soient les conditions dans lesquelles la partie comparaît, ses déclarations ne peuvent servir de commencement de preuve que si elles sont authentiquement relatées par écrit.

Si ces déclarations ont été faites dans une comparution personnelle ordonnée par le tribunal, un procès-verbal régulier doit en être dressé (2). Faites par la partie elle-même devant le juge de paix, ou par son avoué devant le tribunal civil, théoriquement il devrait en être demandé et octroyé acte avant le jugement qui ordonne l'enquête. C'est, du moins, ce qui est exigé par certaine jurisprudence (3).

En pratique, pour éviter les frais d'un premier jugement, les tribunaux donnent, fréquemment, acte de l'aveu dans le jugement ordonnant l'enquête.

On soutient que cette façon de procéder, justifiée peut-être par des considérations d'économie et de simplification, n'est pas juridique. Le commencement de preuve écrite devrait préexister au jugement prononçant la recevabilité de la preuve par témoins, puisque c'est précisément lui qui la fait admettre. Sinon, la décision qui autorise cette preuve constitue en même temps le commencement de preuve par écrit. Il y a là une *inelegantia juris* (4). Il y a aussi un danger pour la partie interrogée.

(1) Rousseau et Laisney, Dict. de procédure civ. V°. Compar. des parties, n° 41.

(2) C. d'appel. de Rennes, 26 février 1879, D. P. 1880, 2, 91.

(3) Lyon, 22 novembre 1854, D. P. 1856, 2, 166 ; Poitiers, 25 avril 1883, D. P. 1884, 2, 47.

(4) On reconnaît, pourtant, qu'elle n'existe plus quand le commencement de preuve résultant du jugement de première instance est invoqué en appel.

Aucun procès-verbal n'étant dressé ni présenté à sa signature, son attention a pu ne pas être suffisamment attirée sur l'importance de l'interrogatoire subi. Elle a pu parler à la légère et négliger de préciser ou d'éclaircir des points importants.

Mais, d'autre part, il n'y a pas de texte qui impose aux déclarations faites en justice la nécessité d'être mentionnées dans un jugement préalable pour pouvoir fournir un commencement de preuve par écrit. Nous dirons donc, avec MM. Aubry et Rau (1), que l'on ne peut ajouter une condition que la loi n'exige pas.

Une autre difficulté s'élève : le juge d'appel doit-il considérer comme commencement de preuve par écrit des déclarations rapportées simplement dans les motifs ou les qualités du jugement de première instance ?

Un arrêt tout récent de la Cour d'appel de Bordeaux (2) décide que ce commencement de preuve ne peut résulter que d'une déclaration mentionnée au dispositif. Mais la jurisprudence antérieure se montre beaucoup plus libérale (3), toujours sous l'empire de la même idée : qu'on ne saurait imposer une exigence que le législateur n'a formulée nulle part. Il est vrai que les déclarations contenues dans les qualités du jugement présentent moins de garanties, étant rédigées, non par le magistrat, mais par l'avoué. Mais le tribunal d'appel trouvera un correctif efficace dans la latitude qui lui est laissée de dénier toute vraisemblance au commencement de preuve par écrit.

Les déclarations contenues dans un interrogatoire sur

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 764, note 23; dans le même sens, Bonnier, I, 168 ; Larombière, art. 1347, n° 21.

(2) Bordeaux, 7 novembre 1895, D. P. 1898, 2, 85.

(3) V. notamment Cass. 3 novembre 1891, D. P. 1892, 1, 463.

faits et articles peuvent servir de commencement de preuve par écrit susceptible d'autoriser la preuve testimoniale.

Cette doctrine est, aujourd'hui, unanimement admise par les auteurs (1). Mais elle a soulevé, d'abord, des discussions. Duvergier, dans ses notes sur Toullier, la déclare inacceptable : « La définition de l'article 1347, dit-il, ne permettra jamais de voir dans un interrogatoire sur faits et articles un véritable commencement de preuve par écrit. Les paroles que prononce la partie interrogée ne sont pas des écrits; elles sont, il est vrai, recueillies et écrites par le greffier qui assiste le juge ; mais, est-ce dans ce sens que le législateur a entendu disposer ? Evidemment, non ! Il a entendu parler de caractères tracés par le défendeur, ou, du moins, existant en sa possession au moment où la contestation s'est engagée.» (2).

L'assertion de Duvergier n'est nullement confirmée par le texte qu'il invoque.

En effet, l'article 1347 emploie une formule des plus générales. Duvergier semble avoir fait une confusion entre les circonstances de fait et les exigences légales. Le plus souvent, le commencement de preuve par écrit se présentera sous la forme qu'il indique ; mais rien, dans la loi, ne s'oppose à ce qu'il puisse revêtir un caractère différent.

C'est à un autre point de vue que notre doctrine pourrait être sujette à critique, ainsi qu'on va s'en rendre

(1) Garsonnet, Tr. de proc. civ., t. II, p. 428 ; Rousseau et Laisney V° Interrogatoire, t. V, p. 485, n° 83 ; Huc, t. VIII, n° 293, p. 372 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 764, p. 335, texte et note 21 ; Larombière, t. V, art. 1347, n° 21.

(2) Toullier, vol. V. première partie, p. 119, note (*a*).

compte immédiatement. Pour produire son effet probant, l'interrogatoire doit être relaté en un procès-verbal régulièrement dressé. L'article 334 du Code de Procédure civile indique les formalités qui doivent accompagner cette rédaction. Ce texte porte : « La partie signera l'interrogatoire et les additions ». Mais la partie peut s'y refuser, et cela n'annulera pas l'interrogatoire ; car, d'après la disposition finale du même article, la mention de ce refus sur le procès-verbal remplacera la signature.

Ici, nous tombons en pleine exception à l'article 1347, qui accorde seulement le caractère d'un commencement de preuve aux actes signés ou au moins écrits par la partie. Or le procès-verbal d'interrogatoire non signé par l'interrogé ne renferme aucun de ces deux éléments.

Nous pensons, néanmoins, avec la doctrine, qu'il devra rendre recevable la preuve par témoins. La dérogation ainsi admise à l'article 1347 trouve sa justification dans ce principe général que la présence du juge vaut, à elle seule, authenticité de l'acte. La loi l'a dit implicitement pour la vente judiciaire (art. 705 Code de procédure civile). Les articles 324 et 334 du Code de procédure, combinés, permettent d'affirmer qu'il en est de même pour l'interrogatoire sur faits et articles.

En vertu de l'article 334, l'absence de signature de l'interrogé n'entraîne pas la nullité du procès-verbal, si mention est faite du refus ou de l'impossibilité de signer. De son côté, l'article 324 décide que « les parties peuvent, en toute matière et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles ».

C'est dire que ce mode d'information est admissible même lorsque la preuve testimoniale est interdite (1), et

(1) Cour d'appel de Turin, 28 décembre 1896. D. P. 1898, 2, 398.

que, même dans ce cas, le procès-verbal est valable sans la signature de la partie, moyennant l'inscription de certaines mentions. Or à quoi servirait-il, en de semblables hypothèses, s'il ne pouvait frayer la voie à la preuve testimoniale ?

On répond qu'il aura pour effet de provoquer l'aveu formel du défendeur ; cet aveu fera preuve complète, si l'affaire est d'une nature telle que l'aveu ait force probante (1).

Ce sera là, croyons-nous, un cas tout à fait exceptionnel. On ne peut pas espérer que la partie, amenée contre son gré devant les tribunaux pour voir reconnaître un droit qu'elle discute, modifiera subitement son attitude. Bien rarement les questions, si habiles qu'elles soient, du juge ou un revirement soudain de la partie, amèneront un aveu explicite. D'ordinaire, l'unique résultat de l'interrogatoire sera de provoquer des réponses embrouillées, des contradictions, des reconnaissances de faits connexes au fait litigieux, en un mot, des déclarations rendant vraisemblables, mais non certaines, les allégations du demandeur. Tout cela serait inutile et sans valeur, si la preuve testimoniale n'était pas admise à l'appui (2).

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine. La Cour de cassation admet couramment que les réponses à un interrogatoire sur faits et articles fournissent un commencement de preuve par écrit, lorsqu'elles rendent vraisem-

(1) On entend exclure par là, notamment, l'aveu du mari au cours d'une instance en séparation de biens (art. 870 Code proc. civ.) et l'aveu d'un fait dont la reconnaissance est prohibée par la loi, comme l'aveu d'une paternité adultérine ou incestueuse.

(2) Laurent, t. XIX, n° 504, p. 518.

blable le fait allégué ; et cela, sans distinguer si le procès-verbal est ou n'est pas signé par la partie interrogée (1).

La vraisemblance résultera souvent de réponses volontairement obscures ou contradictoires, et parfois même du refus de répondre (2). Cela découle de l'article 330 C. proc. civile : « Si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal sommaire, et les faits pourront être tenus pour avérés. » Il y a là une appréciation susceptible de varier suivant les circonstances de la cause. Ainsi, il a été jugé qu'une dénégation persistante des faits allégués ne pouvait pas constituer un commencement de preuve par écrit (3).

Le procès-verbal dressé par le juge de paix agissant en qualité de magistrat conciliateur a-t-il la même valeur probante que le procès-verbal d'interrogatoire sur faits et articles? En d'autres termes, peut-on voir soit une preuve complète, soit un commencement de preuve par écrit dans les aveux explicites ou implicites qui y sont relatés?

Ecartons, tout d'abord, une hypothèse qui ne saurait donner lieu à aucune difficulté : c'est celle où le procès-verbal est signé des parties. Il correspond alors exactement à la définition de l'article 1347, et vaut comme commencement de preuve, si ses énonciations ne sont pas assez formelles pour apporter une preuve absolue.

Envisageons, maintenant, le procès-verbal qui n'est pas signé des parties. Un premier système lui refuse toute valeur. Le juge de paix, en conciliation, n'exerce aucune

(1) Cass. 13 juillet 1874, D. P. 1875, 1, 104 ; 14 février 1900, D. P. 1900, 1, 287.

(2) Laurent, loc. cit., n° 505, p. 520.

(3) Dijon 12 mai 1876, D. P. 1877, 2, 129 ; Paris 31 octobre 1895, D. P. 1896, 2, 21.

juridiction ; il est seulement chargé de constater et prendre note des conventions passées entre les parties. Il dépouille ici tout caractère judiciaire. Simple conseiller désintéressé, il est placé par la loi auprès des plaideurs pour les guider, s'il est possible, vers un arrangement amiable. L'écrit constatant ces accords ne bénéficie d'aucun avantage particulier sur les autres écrits : il doit porter la signature des parties pour posséder une force probante quelconque (1).

Dans un second système, on introduit une distinction fondamentale suivant que le procès-verbal relate la conciliation ou la non-conciliation des comparaissants. Dans le premier cas, les déclarations et aveux font preuve complète ou commencement de preuve par écrit (2). Dans le deuxième cas, elles sont dépourvues de toute valeur.

L'argumentation repose sur le texte de l'article 54 C. proc. civ. Cet article prévoit, en premier lieu, l'hypothèse de la conciliation des parties. Dans ce cas, « le procès-verbal qui en sera dressé contiendra les conditions de l'arrangement, s'il y en a. » Par contre, au cas de non conciliation, le juge « fera sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder. »

Ainsi, le Code de procédure définit d'une façon fort différente la mission du juge conciliateur dans l'une et l'autre espèce.

Les parties sont-elles d'accord ? Le juge agit dans la plénitude de ses pouvoirs en inscrivant au procès-verbal tous les dires des parties ; il est même de son devoir de fixer invariablement les bases de cet arrangement, qui

(1) Rousseau et Laisney, V° conciliation, n° 157.
(2) Garsonnet, Tr. de procédure, t. II, § 241, p. 225.

possèdera la force d'une obligation privée (art. 54 *in fine*). Pour réaliser ce but, la signature de la partie n'est pas indispensable, car aucun texte ne l'impose. Toutefois, le défaut de signature dû à un refus indiquerait clairement que la partie s'est ravisée au dernier moment et qu'elle n'a pas consenti définitivement à la transaction proposée. On retomberait alors dans l'hypothèse suivante.

Les parties ne peuvent-elles pas s'accorder ? Le rôle du juge est alors beaucoup plus simple ; il doit se borner à indiquer que les adversaires n'ont pas pu s'entendre. Tout ce qui serait mentionné en surplus serait dépourvu de force et sans caractère légal.

Cette interprétation de l'article 54 du Code de procédure est justifiée, non seulement par le texte, mais aussi par les travaux préparatoires : « Dans le cas de non conciliation, dit Locré, il n'est plus dressé procès-verbal des dires et aveux de la partie (1) ». Et, plus loin, dans son sommaire analytique de la séance du Conseil d'Etat du 5 Floréal an XIII, il nous indique que l'usage de la conciliation est maintenu sous la modification « de ne pas souffrir qu'il soit dressé procès-verbal des dires et aveux des parties lorsqu'il n'y aura pas eu de conciliation... Il est possible que cette formalité devienne un moyen de circonvenir les hommes simples et sans connaissance (2). »

L'article 3 du titre 10 de la loi des 16-24 août 1790 donnait pouvoir au juge de paix d'insérer tous dires, aveux ou dénégations dans le procès-verbal, sans distinguer s'il y avait eu conciliation ou non : « Dans le cas où les deux parties comparaîtront devant le bureau de paix,

(1) Locré, comm. sur l'art. 54, t. XXI, p. 59.
(2) Locré, loc. cit., p. 190 et 249.

il dressera un procès-verbal sommaire de leurs dires, aveux ou dénégations sur les points de fait ; ce procès-verbal sera signé des parties ou, à leur requête, il sera fait mention de leur refus. »

Mais on s'aperçut bientôt que l'institution avait dévié de son but ; nous en trouvons trace dans une circulaire envoyée par Merlin, comme ministre de la justice, à la date du 29 Brumaire an V : « La faveur due à ces sortes d'actes, dit-il, est telle qu'ils sont exempts de droit d'enregistrement. Ce n'est que dans le cas où ils contiennent transmission de propriété qu'ils ont été soumis à ces droits. Ce serait donc un grand abus si, sous prétexte de conciliation, les bureaux de paix pouvaient recevoir indistinctement d'autres conventions, des actes, en un mot, qui ne seraient pas la suite d'une conciliation ou le terme d'un procès... Ce serait devenir les instruments d'une fraude pratiquée par ceux qui imaginent se soustraire ainsi au droit de timbre et d'enregistrement (1) »

L'article 54 du Code de procédure fut rédigé sous l'empire de cette préoccupation. On est donc en droit de conclure que l'esprit de ce texte est bien tel que ses termes le révèlent. Toute déclaration contenue dans un procès-verbal de non conciliation est illégale ; le juge de paix a excédé ses pouvoirs en l'y insérant. Elle ne vaudra pas commencement de preuve par écrit, sauf application de l'article 1347, si la partie l'a signée (2).

Les déclarations faites en matières criminelles et correctionnelles, devant le juge d'instruction, peuvent aussi

(1) Voir le rapport de l'avocat général Mesdach de ter Kiele, sous Cass. Belgique 4 mai 1882, D.P. 1884, 2, 90.

(2) En ce sens Chauveau sur Carré, lois de la procédure. t. I, Questions 228, 229, p. 245 et suiv.

servir de commencement de preuve écrite en matière civile. La jurisprudence est constante dans ce sens (1).

On a quelquefois objecté que ces réponses ne présentaient pas toutes les garanties d'indépendance désirables. Elles sont en effet dictées par les nécessités de sa propre défense et prononcées sous l'impression du sentiment de crainte plus ou moins raisonné qu'entraîne forcément la comparution devant la justice pénale.

Il semble que la même appréhension est susceptible de prendre naissance dans un interrogatoire civil. Pourtant, on ne songe pas à déclarer *a priori* celui-ci entaché d'un vice radical. Les intéressés auront toujours la faculté de démontrer que la personne interrogée était, à cause de son état de faiblesse mentale, incapable de répondre en toute liberté d'esprit aux questions qui lui étaient posées. Mais, hors ce cas exceptionnel, il est présumé que les déclarations d'un individu sain d'esprit sont l'expression de sa pensée. S'il en était autrement, quelle serait l'utilité des interrogatoires au criminel ? (2).

Pour produire l'effet probant, les réponses de l'inculpé doivent avoir été relatées dans un procès-verbal dressé conformément à l'article 76 du Code d'Instruction Criminelle. La signature de la partie ne nous paraît pas plus indispensable que pour l'interrogatoire sur faits et articles. Il suffit que le refus de signer soit mentionné. L'attestation du juge donne l'authenticité à l'acte.

Quant aux déclarations faites devant un tribunal cor-

(1) Cass. 19 décembre 1884. D. P. 1885, 1. 427 ; 8 décembre 1893, D. P. 1897, 1. 266.

(2) En ce sens : Demolombe, t. VII, n° 123, p. 137 ; Laurent, t. XIX, n° 513 ; Aubry et Rau, t: VIII, § 764, p. 336 ; Larombière, t. V, art. 1347, n° 21 ; Huc, t. VIII, n° 293, p. 372.

rectionnel ou une cour d'assises, on appliquera la même théorie qu'aux aveux formulés devant un tribunal civil.

Constatées dans un jugement préparatoire, ou même dans un jugement définitif, elles peuvent former un commencement de preuve par écrit. Au contraire, si l'aveu est rapporté dans de simples notes sommairement rédigées par le greffier, il est dépourvu de valeur. La rédaction de ces notes, telle qu'elle est ordonnée par l'art. 189 du Code d'instruction criminelle, vise seulement les dépositions des témoins. Elles n'ont, du reste, aucune valeur authentique. D'autre part, ces notes ne sont ni écrites, ni signées de la partie : elles ne remplissent pas les conditions de l'art. 1347 (1).

Un arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1841 (2) a résumé ces considérations en quelques mots très précis : « Attendu que cette pièce n'étant ni lue, ni signée du magistrat, ni relue au prévenu, ni signée de lui, n'étant soumise à aucune sorte de contrôle et n'offrant d'autre garantie de sa véracité et de son exactitude que la mémoire et le discernement du greffier qui l'a rédigée seul, ne saurait être assimilée aux interrogatoires sur faits et articles subis en matière civile... ».

Si, pourtant, ces notes sommaires portaient la signature de l'inculpé, elles vaudraient commencement de preuve par écrit. Mais on ne conçoit guère comment cette hypothèse pourrait être réalisée.

Voici encore quelques difficultés que soulèvent les mots de l'art. 1347 « acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ».

(1) Aubry et Rau, loc. cit., note 25 ; Laurent, loc. cit.
(2) Rapporté dans Dalloz. Répert. v° Oblig. n° 4771, note 1.

Il a été posé comme principe que les actes émanés d'un tiers ne peuvent servir de commencement de preuve par écrit, car « ce tiers n'est que comme un témoin et ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équivaloir qu'à une preuve testimoniale » (1).

Le principe se trouve contenu dans l'art. 1347, qui impose un écrit signé ou écrit par la partie à laquelle on l'oppose. L'acte émané d'un tiers ne remplit pas, ordinairement, cette condition. Cela peut cependant se produire ; une partie a pu apposer sa signature au bas d'un acte qui n'est pas son œuvre, dans le but de l'approuver. Elle l'a, dès lors, fait sien et, l'exigence de l'art. 1347 se trouvant respectée, on pourra lui opposer cet acte (2).

La Chambre des requêtes a fait une application de cette théorie dans un arrêt du 6 août 1873 (3). Un individu étant décédé, le notaire chargé d'administrer ses biens fut actionné en reddition de comptes par les héritiers. L'administrateur faisait figurer à son actif une certaine somme représentant le montant de deux obligations contractées par le *de cujus*, et qu'il affirmait avoir payées de ses propres deniers. Les héritiers, au contraire, soutenaient que ces deux dettes avaient été acquittées par leur auteur. A l'appui de son exception, le notaire invoquait certaines présomptions de fait, mais, l'objet du litige excédant 150 francs, il fallait un commencement de preuve par écrit. Il prétendait le trouver dans un compte antérieurement fourni par lui au *de cujus* ou à ses héritiers actuels, dans lequel les mêmes sommes

(1) Pothier, Tr. des obligations, t. II, n° 807.
(2) Laurent, t. XIX, n° 494, p. 511.
(3) D. P. 1875, 1. 260.

figuraient à sa décharge. Or ce compte avait été approuvé sans réserves par l'adversaire.

La Cour suprême donna raison au notaire : « Attendu, disait-elle, que si ce compte ne présente pas les conditions d'un compte judiciaire qui apure définitivement la situation des parties, il n'en a pas moins le caractère d'un commencement de preuve par écrit qui, aux termes de l'art 1347, permet d'admettre la preuve par présomptions ».

A côté de l'approbation expresse, il peut y avoir l'approbation tacite de l'écrit émané d'un tiers. On admet généralement qu'elle produit le même effet (1).

Le seul fait de produire un document en justice, dans le but d'en faire usage à son profit, suffit-il à entraîner l'appropriation de ce document? En d'autres termes, l'écrit apporté par l'une des parties peut-il être rétorqué contre elle comme commencement de preuve ? Cela dépend des circonstances. Si celui qui a invoqué l'acte étranger, a déclaré formellement se l'approprier, son adversaire pourra assurément le lui opposer. Mais pareille hypothèse sera, croyons-nous, fort rare dans la pratique.

Celui qui oppose une note écrite par un tiers, sans faire aucune déclaration spéciale, est censé l'opposer telle qu'elle se constitue, « c'est à dire comme contenant une affirmation émanée d'un tiers et ayant pour lui la valeur, telle quelle, que peut avoir en la cause un témoignage étranger » (2). Deux décisions rendues en sens contraire par les Cours d'Alger et de Montpellier

(1) Laurent, loc. cit., nos 494 et 495, p. 511.

(2) Note sous Cass. 6 janvier 1891, Ch. civ. D. P. 1891, 1, 57.

ont été cassées par deux arrêts de la Cour de cassation rendus à la date du 6 janvier 1891 (voir note ci-dessus). La justesse de notre théorie y est expressément reconnue : « Attendu, dit la Cour suprême, qu'il importe peu que l'écrit ait été produit au procès par la partie contre laquelle on le rétorque, et qu'elle en ait fait usage à son profit ; que l'une et l'autre circonstances ne sauraient, à défaut d'une acceptation expresse de l'écrit, le faire considérer comme émané de la partie elle-même et comme lui étant devenu propre ».

Etudions, maintenant, les derniers mots de l'art. 1347 : « ...ou de celui qu'il représente ».

L'article 1347 du Code civil ne vise que l'acte émané du *représenté*. D'après la définition donnée par ce texte, est considéré comme commencement de preuve par écrit « l'acte émané de celui que l'adversaire représente », c'est-à-dire de la personne dont il est l'ayant cause à titre particulier ou universel.

Ainsi, l'acte souscrit par le *de cujus* peut être opposé à ses héritiers. Notamment, des lettres écrites par le testateur serviront de commencement de preuve contre chacun de ses légataires universels (1). On peut également opposer l'écrit rédigé par le débiteur aux créanciers de celui-ci exerçant ses droits et actions en vertu de l'article 1166. De même, des écrits provenant du vendeur seront valablement invoqués à l'encontre de l'acquéreur. Il y a cependant une observation à faire au sujet des ayants cause à titre particulier. Les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre eux que par l'enregistrement, la mention dans un acte authentique ou le décès de l'un des souscrip-

(1) Cassation 2 janvier 1872, D. P. 1872, 1, 119.

teurs (art. 1328 civ.). Ce texte est, *a fortiori*, applicable aux commencements de preuve par écrit. Ils ne seront donc opposables aux ayants cause à titre particulier que si la date en est rendue certaine par l'un des évènements ci-dessus.

L'article 1347 est incomplet. Le rédacteur aurait dû ajouter : « Est considéré comme commencement de preuve par écrit, l'acte émané de celui par qui l'adversaire était représenté au moment où il a été souscrit ».

Ce représentant sera un mandataire ou un gérant d'affaires. Malgré le silence du Code, la possibilité d'opposer au mandant les écrits du mandataire est certaine.

« Le mandant, dit l'article 1998, est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ». En vertu de cette disposition, le mandant est lié vis-à-vis des tiers avec qui le mandataire a contracté pour lui dans les limites de son mandat. Ces tiers doivent donc prouver que le mandataire a traité avec eux. Comment feront-ils cette preuve ? Par les modes du droit commun. L'article 1347 trouvera, ici, son application : l'écrit imparfait émané du mandataire formera commencement de preuve contre le mandant, comme l'acte parfait aurait fait preuve complète.

La doctrine tout entière se rallie à cette opinion (1).

Les recueils de jurisprudence contiennent de nombreuses espèces relatives au commencement de preuve par écrit émané du mandataire. Nous en citerons quelques unes parmi les plus récentes.

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 764, texte et note 28, p. 337 ; Huc, t. VIII, n° 293, p. 373 ; Laurent, t. XIX n° 518, p. 531 ; Demolombe, t. VII, n° 134, p. 147 ; Larombière, art. 1347, n° 7.

Le mandat peut être tacite aussi bien qu'exprès. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Dans le cas d'indivision, un des co-propriétaires est souvent tacitement chargé de gérer l'immeuble commun dans l'intérêt de tous ; aussi, un compte fourni par le gérant sera opposable comme commencement de preuve à tous les co-propriétaires (1).

Le même effet probant peut résulter des actes de procédure émanés d'un avoué, sous réserve, bien entendu, du désaveu du client. Il a été jugé que les mentions contenues dans des conclusions prises au nom du mandant pouvaient lui être opposées (2). La production faite dans un ordre, et non désavouée par la partie au nom de laquelle elle a eu lieu, est aussi considérée comme émanant de la partie même (3).

Peut-on voir un commencement de preuve par écrit dans la mention d'un paiement qui figure sur les livres de l'avoué ? On répond négativement, parce que, dit-on, le mandat de l'avoué ne s'étend qu'aux actes de procédure : lorsqu'il écrit un article sur ses registres, sa qualité de mandataire n'apparaît plus. Cela est inexact, à notre sens. Au mandat légal de l'avoué vient fréquemment s'adjoindre un mandat accessoire de payer ou d'encaisser. Les écrits émanés de l'avoué en cette qualité doivent lier le mandant aussi bien que les actes de procédure. La cour de Bordeaux a rendu un arrêt conforme à cette opinion, le 24 février 1892 (4). Elle a reconnu que l'ins-

(1) Cass., 13 juin 1898, D. P. 1899, 1. 24.

(2) Cass., 5 mai 1879, D. P. 1879, 1. 463 ; Cass., 9 février 1880, D. P. 1881, 1. 373.

(3) Cass., ch. crim., 5 janvier 1883, D. P. 1883, 1. 366.

(4) D. P. 1893, 2. 181.

cription aux livres de l'avoué présentait le caractère d'un commencement de preuve opposable au client.

L'huissier est mandataire au même titre que l'avoué. Les mêmes principes sont, par conséquent, applicables aux exploits signifiés par cet officier ministériel. Un cas intéressant s'est présenté devant la Cour de cassation qui l'a résolu dans un arrêt du 16 juin 1890 (1). Il s'agissait d'établir par titres l'existence d'une servitude discontinue, conformément à l'article 691. Le titre exigé par ce texte était ici une convention invoquée par le demandeur. Mais celui-ci ne pouvait pas en produire l'original ; il en possédait seulement une copie insérée dans un exploit d'huissier signifié à ses auteurs. Cette copie ne faisait pas preuve complète. En effet, les articles 1335-36 du Code civil, qui règlementent la valeur probante des copies, visent exclusivement les copies d'actes notariés. Il ne peut y avoir, à proprement parler, de copies d'actes sous seing privé : ou bien la copie est signée des parties, « alors, ainsi que le dit M. le professeur Planiol (2), elle n'est, en réalité, qu'une répétition, un double de l'acte original lui-même, c'est-à-dire qu'elle est elle-même un original » ; ou bien, la copie n'est pas signée et, dans ce ce cas, nous l'avons vu, elle ne fait pas preuve complète. Et M. Planiol ajoute une remarque très juste : « On ne pouvait pas, non plus, tirer aucun parti de ce fait que, dans l'espèce, la copie de l'acte sous seing privé se trouvait être un acte authentique. Aucun officier public n'a reçu de la loi mission de délivrer des copies de cette sorte et de dresser des transcriptions authentiques d'actes

(1) D. P. 1891. 1. 97.
(2) Voir note sous arrêt précité.

privés faisant foi par elles-mêmes. » Mais la copie pouvait être opposée à la partie comme commencement de preuve par écrit, car elle émanait de l'huissier, son mandataire.

Plus que tout autre, le notaire reçoit des particuliers des mandats de nature diverse. Les écrits émanés de lui, dans une affaire où il a agi comme mandataire, seront opposables à son mandant. Nous dirons des mentions contenues dans ses registres ce que nous avons dit des articles inscrits sur les livres de l'avoué. Elles feront preuve contre celui pour compte de qui il a agi et aussi, bien entendu, contre lui-même (1).

L'acte provenant d'un *negotiorum gestor* produira, à l'encontre de celui dont les affaires ont été gérées, le même effet que l'acte émané du mandataire vis-à-vis du mandant. Seulement, il y aura lieu pour le tiers intéressé d'établir le fait de la ratification expresse ou tacite du maître (2).

En terminant l'étude de la deuxième condition requise pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit, il convient de signaler quelques particularités contenues dans les articles 1335 et 1336 du Code civil.

Sont considérées comme des commencements de preuve par écrit les copies d'actes authentiques tirées sans l'autorité du magistrat ou sans le consentement des parties, par l'officier public dépositaire des minutes, sous les deux conditions suivantes : que l'original ait été perdu, et que ces copies aient moins de trente ans (art. 1335, 2°).

(1) Cass. 11 juin 1872. D. P. 1872, 1.464.

(2) Larombière, t. V, art. 1347. n° 8 ; Contrà : Laurent t. XIX, n° 522, p. 534.

Peuvent aussi servir de commencement de preuve par écrit les copies tirées sur la minute d'un acte par un autre que le notaire qui l'a reçu, ou un de ses successeurs, ou les officiers publics dépositaires des minutes (art. 1335, 3°).

La transcription d'un acte sur les registres publics peut fournir un commencement de preuve par écrit, à condition : 1° que l'acte soit notarié ; 2° « qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier » (art. 1336, 1°) ; 3° qu'il existe un répertoire en règle du notaire qui constate que l'acte a été fait à la même date (art. 1336, 2°).

Le même texte ajoute une dernière prescription, celle-là relative à l'administration de la preuve : « Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances, la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins à l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. »

Ces dispositions sont de droit étroit puisqu'elles dérogent à l'article 1347. On ne pourrait pas en étendre l'application hors de leurs termes, notamment donner la force d'un commencement de preuve écrite à la transcription sur les registres du conservateur des hypothèques d'un acte sous seing privé.

L'extrait de l'enregistrement d'un acte peut-il avoir ce caractère ?

La négative est certaine si l'acte est sous seing privé. Mais, serait-il authentique et toutes les exigences de l'art. 1336 seraient-elles remplies, l'on devrait maintenir la même solution.

En effet, la transcription prévue par l'article 1336 im-

plique une reproduction littérale de l'acte ; au contraire, le receveur de l'enregistrement n'en fait qu'une analyse sommaire qui est loin de présenter les mêmes garanties d'exactitude. D'ailleurs, l'article 1336 contenant une exception aux règles ordinaires du commencement de preuve par écrit, ce texte doit être interprété restrictivement (1).

Ceux qui admettent l'extrait de l'enregistrement comme commencement de preuve par écrit n'apportent aucun argument sérieux à l'appui de leur opinion. Ils s'attachent à établir qu'il n'y a pas d'inconvénient à décider dans leur sens, et qu'un extrait de l'enregistrement suffisamment précis et détaillé est aussi sûr qu'une transcription (2).

Cela fût-il vrai, cette opinion devrait néanmoins être rejetée : il n'est pas question de rechercher ce que le législateur aurait pu faire, mais ce qu'il a effectivement prescrit.

Nous reconnaissons, pourtant, que si l'enregistrement de l'acte notarié en contenait tous les élément, au point d'équivaloir à une véritable transcription, on pourrait y voir un commencement de preuve par écrit. La Cour de cassation a décidé ainsi dans une hypothèse où cette condition était réalisée.

Il s'agissait de la mention d'enregistrement d'une procuration, qui contenait transcription littérale de la date, des noms des parties et de l'objet de l'acte (3).

(1) En ce sens : Marcadé art. 1336, n° 2 ; Huc t. VIII, n° 268, p. 335 ; Laurent t. XIX, n°s 384, 385 ; Colmet de Santerre t. V, p. 579, n° 305 *bis* III; Aubry et Rau t. VIII § 760 *bis* p. 284, 285 ; Bonnier n° 805 ; Demolombe, Tr. des contrats, t. VI, n° 701, p. 604.

(2) Duranton, t. XIII, n° 255 ; Delvincourt, t. II, p. 830.

(3) Cass. 16 février 1837. Dev. et Car. 1837, 1, 642.

III. — La troisième condition imposée par l'art. 1347 est que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué. » Il y a beaucoup moins à dire sur cette condition que sur les précédentes. L'écrit rend vraisemblable le fait contesté lorsqu'il s'y rattache par un lien de connexité plus ou moins direct, lorsqu'il fournit la preuve « non, à la vérité, du fait total qu'on a avancé, mais de quelque chose qui y conduit ou en fait partie (1). »

En réalité, on prouve toujours directement un certain fait, qui n'est pas celui qui fait l'objet du litige. Mais ce fait, ainsi établi, suppose avec plus ou moins de certitude l'existence de celui qui est discuté. L'effort de raisonnement nécessaire pour conclure de l'un à l'autre donne la mesure de la vraisemblance. Celle-ci a donc des degrés, aussi nombreux que la multiplicité des faits susceptibles de l'engendrer.

On conçoit facilement que le législateur ait renoncé à déterminer ces derniers.

Dans l'hypothèse de l'art. 1347, la preuve du fait juridique se trouve être une preuve mixte, pour partie preuve écrite, et pour partie preuve orale. La somme de ces deux éléments constitue la preuve complète ; mais l'importance de l'un d'eux varie en raison inverse de l'importance de l'autre. Toutefois, l'élément probant résultant de l'écrit ne saurait diminuer au-delà de certaines limites. Le juge ne peut pas, « légalement et raisonnablement, prendre pour une vraisemblance suffisamment caractérisée un soupçon vague, un doute incertain, une inquiétude indéfinie de la conscience. Il faut une apparence sérieuse de vérité (2). »

(1) Pothier. Tr. des oblig. t. II, art. IV, p. 227.
(2) Larombière, loc. cit., p. 107.

Les applications de la jurisprudence sont très nombreuses (1). Mais comme elles résolvent, chaque fois, une question de pur fait, l'examen des espèces ne présente aucun intérêt juridique.

Section troisième. — **Impossibilité de se procurer une preuve écrite.**

§ I. — *Historique et portée générale de l'exception.*

La troisième exception à l'interdiction de la preuve testimoniale est contenue dans l'art. 1348. D'après ce texte, les règles prohibitives édictées par les art. 1341 et suivants « reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. »

Dans les alinéas suivants, le législateur donne un certain nombre d'applications de la dérogation qu'il vient d'énoncer.

Cette exception est basée sur une nécessité dérivant de la nature des choses. Le vieux dicton « à l'impossible nul n'est tenu » ne formule pas seulement une vérité courante de la vie usuelle. Il est aussi un axiome juridique qui s'impose. La loi fût-elle restée muette à son égard, il est certain que l'interprétation judiciaire et doctrinale eût décrété sans hésitation qu'il devait être respecté en matière de preuve testimoniale comme ailleurs.

(1) Voir parmi les plus récentes : Paris, 17 mai 1872, D. P. 1876, 5. 360. Alger, 18 février 1875, D. P. 1876, 2. 61 ; Alger 2 novembre 1893, D. P. 1894, 2. 504 ; Nancy, 19 mai 1894, D. P. 1895, 2. 94.

C'est ce qu'avaient fait, du reste, les commentateurs des ordonnances. L'ordonnance de Moulins avait complètement passé l'exception sous silence. Quant à l'ordonnance de 1667, elle s'était bornée à mentionner certains cas au sujet desquels des doutes auraient pu s'élever : l'art. 3 du Tit. 20 déclare n'entendre exclure la preuve par témoins « pour dépôt nécessaire, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus » ; l'art. 4 contient une exception analogue pour les dépôts faits par les voyageurs entre les mains « des hôtes et hôtesses des hôtelleries où ils logent. » Enfin, l'art. 3 du titre 18 de la même ordonnance laisse entendre implicitement que la preuve par témoins des délits et quasi-délits ne saurait être refusée : « Si le défendeur en complainte dénie la possession du demandeur, *ou de l'avoir troublée*, ou qu'il articule possession contraire, *le juge appointera les parties à informer.* » Le demandeur en complainte, possesseur non précaire depuis l'an et jour, sera donc admis à prouver par témoins le trouble qu'il prétend avoir subi dans sa possession. Or ce trouble constitue, suivant les circonstances, un délit ou un quasi-délit.

Ni l'une ni l'autre des deux ordonnances n'a dégagé la théorie générale. Mais la jurisprudence en fit de nombreuses applications.

Ainsi, un arrêt du 2 octobre 1582, autorisa la preuve par témoins de la fraude alléguée à l'encontre d'un bail à rente perpétuelle d'un immeuble sur lequel la famille du bailleur avait droit d'exercer le *retrait lignager*. L'arrêt décida qu'en l'espèce, l'ordonnance de Moulins n'était pas applicable, et permit d'établir par tous les moyens possibles que le prétendu bail recouvrait

une clause de rachat de la rente dont la réalisation eût transformé le preneur en acquéreur, au préjudice du droit de retrait.

Un arrêt de la Cour des aides de Paris daté du 7 mai 1691 fournit un autre exemple dans le même sens. Procès-verbal avait été dressé contre un cabaretier dans l'écurie duquel les gens du fisc avaient trouvé du tabac déposé en fraude. Sur la poursuite intentée au cabaretier, la Cour déclara que celui-ci était « recevable à prouver par témoins que ce tabac avait été caché chez lui à son insu par une personne qui y avait logé. » (1).

D'Aguesseau, dans son 39me plaidoyer, justifiait une décision analogue en exposant que « la fraude cherchant toujours à se cacher, il serait souvent impossible de la connaître sans prendre cette voie. » L'avocat Joly de Fleury, dans un plaidoyer du 2 août 1706 (2), disait : « La loi toujours sage n'a pas voulu réduire les hommes à pratiquer une chose impossible... Elle ne défend la preuve par témoins que parce qu'elle enjoint de passer des actes : elle ne peut donc la défendre dans les cas où il n'est pas possible d'avoir cette sûreté. » Enfin, Pothier proposa deux principes qui, dans son esprit, devaient suffire à résoudre toutes les questions sur l'admissibilité de la preuve testimoniale. Premier principe : « Celui qui a pu se procurer une preuve écrite n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses excédant la valeur de 100 livres. » Second principe : « Toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, la preuve testimoniale est admise. » (3). Les art. 1341 et 1348 du Code civil reflètent le double principe de Pothier.

(1) Ces deux arrêts rapportés dans le répertoire de Guyot, V° preuve.
(2) Journal des audiences, à sa date.
(3) Pothier, Tr. des Obligations, nos 751 et 775.

Nous avons vu que, sous l'empire du Code civil, les faits purs et simples demeurent en dehors de la règle prohibitive, l'exception de l'art. 1348 étant ainsi réservée aux faits juridiques dont on n'a pu se procurer de preuve écrite.

D'après quelques auteurs, non seulement les faits matériels échappent à l'art. 1341, mais aussi les cas où il est impossible de se procurer une preuve écrite des faits juridiques. En d'autres termes, ceux-ci ne sont pas des cas d'exception, « ce sont des cas qui n'ont jamais été et n'ont jamais pu être compris dans la prohibition.» (1). Et l'on apporte à l'appui de ce système la plaidoirie de l'avocat général Joly, précitée : « Les choses qui ne peuvent se réduire par écrit et qui ne sont pas susceptibles de convention n'ont jamais été comprises dans cette disposition : tels sont en particulier tous les délits qui, bien loin de pouvoir faire la matière d'un acte, se commettent toujours avec la précaution du secret.»

Tout d'abord, Joly ne parle que des délits ou des quasi-délits. Or nous avons reconnu qu'ils n'étaient pas à leur place dans l'art. 1348 : en leur qualité de faits purs et simples, ils ne devaient pas tomber sous le coup de l'art. 1341. Quant aux autres cas d'impossibilité de se procurer une preuve écrite, il n'est pas établi que, dans l'ancien droit, ils demeuraient hors du domaine de la règle prohibitive. En tous cas, nous sommes aujourd'hui en présence des termes formels de l'art. 1348, qui dit en termes exprès : « Les règles ci-dessus reçoivent encore *exception...*»

L'article 1348 énumère les principales applications du

(1) Toullier, vol. V, première partie, p. 141.

principe. Cette énumération n'est pas limitative. Cela découle de la formule générale employée par le premier paragraphe du texte (1).

Nous examinerons les applications données par le législateur, puis nous envisagerons quelques hypothèses non prévues par le Code, et où l'impossibilité de se procurer une preuve écrite existe sans conteste.

Mais, auparavant, il convient de résoudre une question. L'impossibilité dont parle l'article 1348 doit-elle s'entendre seulement de l'impossibilité physique, ou bien comprend elle aussi l'impossibilité morale ?

L'affirmative est certaine. Bien rares, en pratique, seront les cas où une partie aura été *matériellement* incapable d'obtenir une preuve écrite : « Exiger toujours une impossibilité physique et absolue, dit Demolombe, c'était se placer en dehors de la vie réelle et réduire, le plus souvent l'article 1348 à une lettre morte » (2). Pothier l'entendait bien ainsi, quand il disait que l'ordonnance de Moulins interdisait la preuve testimoniale à ceux-là seulement « qui ont pu facilement s'en procurer une littérale » (3). Et Guyot, résumant la doctrine et la jurisprudence de son temps, écrit dans son répertoire : « L'ordonnance de Moulins, celle de 1667, et l'édit perpétuel n'ont défendu la preuve testimoniale que relativement aux choses dont il a été *moralement* possible à ceux qui voudraient la faire, de se procurer une preuve littérale » (4).

(1) Huc, t. VIII, n° 296, p. 375 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 765 ; Bonnier, I, 172 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 321 *bis* II ; Laurent t. XIX, n° 545, p 555 ; Baudry-Lacantinerie, Précis, t. II, n° 1277.

(2) Demolombe, t. VII, n° 148, p. 156.

(3) Pothier, Tr. des obligat., n° 810.

(4) V° Preuve, p. 582.

Le texte de l'article 1348, lui-même, confirme cette manière de voir. En effet, parmi les exemples qu'il fournit, certains constituent indubitablement des cas d'impossibilité morale : tels sont le dépôt nécessaire et les obligations contractées en cas d'accidents imprévus. Les auteurs modernes partagent cette opinion, tout en recommandant au juge une grande prudence dans l'appréciation de l'impossibilité morale (1).

La jurisprudence reconnaît, elle aussi, l'impossibilité morale comme rentrant dans les prévisions de l'article 1348. Un arrêt de la Cour de Rennes du 26 février 1879 (2) en donne une excellente définition : « L'impossibilité morale s'entend, dit la Cour, d'une grande difficulté locale. et momentanée et d'un embarras sérieux de se procurer un écrit ».

Voici maintenant quelques espèces.

La situation spéciale du maître vis-à-vis de ses serviteurs à gage ne lui permet guère de réclamer une quittance des gages payés. En effet, pendant la durée des services, il ne saurait leur réclamer un écrit constatant le paiement, sans faire montre à leur égard d'une défiance « incompatible avec la confiance que le maître témoigne ordinairement à son domestique dans les détails multiples de la vie commune ». Le maître pourra donc prouver par témoins la remise de gages s'élevant à plus de 150 fr. (3).

La Cour de cassation a admis un garde du génie qui avait déposé au greffe du tribunal civil de son ressort la commission l'appointant à son grade, en vue de sa

(1) Aubry et Rau, t. VIII, p. 345, § 765 ; Bonnier, t. I, n° 172 ; Larombière, t. V, art. 1348, n°s 4 et 5 ; Huc, t. VIII, n° 295, p. 374.

(2) D. P. 1880, 2, 91. V. aussi Cass. 1er août 1899, D. P. 1899, 1, 534.

(3) Tr. civil de Nogent-le-Rotrou, 8 mars 1895. D. P., 1896, 2, 275.

★

prestation de serment, à prouver cette remise par témoins. Elle se basait sur ce fait que, d'après l'aveu même du greffier, il était d'usage de refuser aux déposants tout récépissé pour les pièces déposées (Cassation, 25 juin 1877) (1).

Un arrêt de la Cour de Bourges (2) décide que la fille qui a abandonné le domicile de son père remarié, n'a pu exiger de ce dernier une reconnaissance écrite de la consistance des effets personnels qu'elle a laissés derrière elle. Il faut supposer, pour justifier cette décision, que cette séparation avait été particulièrement précipitée, et qu'elle était le résultat d'une tension des rapports existant entre le père et la fille laquelle rendait cette exigence fort délicate.

Les tribunaux ont quelquefois admis trop facilement qu'il y avait impossibilité morale de se procurer une preuve écrite. On ne saurait souscrire à certaines décisions qui permettent de prouver par témoins les opérations, même non commerciales, passées dans les foires ou marchés, sous le prétexte qu'il n'est pas d'usage de les constater par écrit (3). Cet usage est basé sur une raison de commodité, et non sur une impossibilité. Les parties qui se conforment à l'usage agissent ainsi de leur propre initiative, en dehors de toute nécessité pressante, et dans le but de simplifier leurs relations d'affaires. Mais rien ne les empêche de se conformer au droit commun, si elles le jugent à propos.

La Cour de Bourges l'a fort bien dit dans son arrêt

(1) D. P. 1878, 1, 27. Voir aussi un jugement du Trib. civ. de Lyon du 6 juillet 1900, visant le cas d'un avoué qui a remis des pièces au tribunal. D. P. 1900, 2, 408.

(2) Bourges, 19 mai 1826. Dev. et Car., t. VIII, 2, 235.

(3) Tr. civ. de Lorient, 5 juin 1895. D. P. 1897, 2, 52.

du 23 février 1842 (1) : « Attendu que, dans l'espèce, il s'agit d'un marché qui aurait été fait en foire ; que généralement ces sortes de marché se font au comptant ; que, si le vendeur déroge à cette règle en accordant des termes pour le paiement, il doit se faire donner un acte écrit; que s'il ne l'exige pas et s'il s'en rapporte à la bonne foi du débiteur, il doit s'imputer à lui-même d'avoir mal placé sa confiance ».

§ II. — *Applications.*

I. — Quasi-contrats.

Les quasi-contrats engendrent des obligations entre les individus, sans le concours de leurs volontés. Celui d'entre eux qui est constitué créancier ne pourra pas, du moins en général, se procurer une preuve par écrit d'un fait auquel il n'a pas participé. Dès lors, il lui sera possible de recourir à la preuve testimoniale ou aux présomptions pour établir le fait générateur d'obligations, quel que soit le montant de l'intérêt litigieux.

Pour l'application de ce principe, il faut se reporter au chapitre des quasi-contrats. Le législateur en mentionne deux sortes : la gestion d'affaire et le paiement de l'indû.

Il y a quasi-contrat de gestion d'affaires, « lorsque, volontairement, on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore ».

Des obligations réciproques peuvent naître de ce quasi-contrat. Tout d'abord, le gérant doit « continuer la gestion qu'il a commencée et l'achever jusqu'à ce que le proprié-

(1) Dév. et Carette, 1843, 2, 50.

taire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ». (Art. 1372). En outre, à la fin de sa gestion, il est tenu de rendre compte à celui pour compte de qui il a agi. De son côté, « le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites. » (art. 1375).

Faisons maintenant application de l'art. 1348 à ces obligations.

Au sujet des obligations du gérant envers le maître, aucun doute ne saurait s'élever. Le maître pourra faire la preuve par témoins, non seulement du fait de la gestion d'affaires, mais encore de chacun des éléments particuliers de cette gestion, notamment des encaissements de fonds opérés par le gérant. « Par exemple, dit Pothier, si quelqu'un, pendant mon absence, a fait valoir mes terres, a fait la moisson, les vendanges, a vendu les blés, les vins qui en sont provenus, il doit me rendre compte de cette administration. S'il disconvient de cette administration, la preuve testimoniale ne m'en peut être refusée, car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve (1) ». Le maître est, en effet, dans l'impossibilité absolue de représenter un écrit constatant les faits de gestion, auxquels il n'a pas participé et qu'il aura ignorés le plus souvent (2).

(1) Pothier, Tr. des Obligations, t. II, p. 234, n° 813.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 345, texte et note 4 ; Bonnier, t. I, n° 154 ; Huc, t. VIII, n° 296, p. 376 ; Laurent, t. XIX, n° 547, p. 556.

Est-ce à dire que la preuve testimoniale devrait être rejetée au cas où le maître aurait connu la gestion ? On décide habituellement que non : « Le silence du maître, dit Larombière, peut constituer une adhésion aux actes du gérant. Mais il ne saurait équivaloir à une convention de mandat, seul cas où l'accord des parties permet à l'une et à l'autre de retirer une preuve littérale (1) ».

Certainement, la connaissance des faits de gestion ne suffit pas à donner naissance à un contrat de mandat, même tacite. On reste donc en présence d'une gestion d'affaire. Mais n'oublions pas que les quasi-contrats ne sont pas susceptibles de preuve testimoniale à raison de leur nature même, mais parce que, d'ordinaire, il n'est pas possible de s'en procurer une preuve écrite. En d'autres termes, un fait pourra être l'objet d'un quasi-contrat, mais la preuve par témoins en sera rejetée, si le demandeur a eu la faculté d'obtenir un écrit pour le constater.

Nous poserons donc la question sous une forme différente : est-ce que le maître, qui a été instruit des actes de gestion, aurait pu exiger un écrit du gérant ? C'est là une question de fait dont l'appréciatiou variera suivant les circonstances. Le plus souvent, il sera loisible au maître, dès l'instant qu'il est au courant des faits et gestes du gérant, d'exiger de ce dernier un écrit constatant que, de sa propre initiative, il a entrepris la gérance et, à défaut, de lui interdire à l'avenir toute immixtion dans ses affaires.

Le gérant d'affaires est, comme le mandataire, responsable de ses négligences et de ses fautes. La faute peut toujours être établie par témoins, ainsi qu'il sera dit plus

(1) Larombière, t. V, art. 1348, n° 9.

loin. Mais, quand elle est commise à l'occasion d'un contrat, il est indispensable de prouver auparavant, par écrit, l'existence de ce contrat, si l'intérêt en jeu excède 150 francs. On voit combien il sera important de distinguer si la faute est intervenue dans l'exécution d'un mandat ou d'une gestion d'affaire. De toutes façons, le demandeur devra démontrer préalablement l'existence du contrat ou du quasi-contrat : or le premier ne sera valablement prouvé que par écrit, au-dessus de 150 francs, tandis que la preuve du second pourra être faite par témoins. Comme la gestion d'affaires et le mandat tacite présentent des ressemblances très grandes, il s'élèvera bien des contestations sur la nature des relations juridiques existant entre les parties. Cela se produira fréquemment entre notaires et clients. Lorsque le notaire aura fait faire à quelqu'un un placement malheureux, la première pensée du prêteur sera de lui en faire endosser la responsabilité. Il n'y réussira que s'il démontre l'un ou l'autre des faits suivants : que le notaire avait accepté le mandat exprès ou tacite de trouver un emploi utile et sûr aux deniers de son client ; ou bien que, de lui-même, il s'était donné cette mission, à titre de gérant d'affaire. L'intérêt du demandeur sera de soutenir que l'on se trouve dans la dernière hypothèse qui laisse la voie ouverte à la preuve testimoniale (1).

Les obligations du maître envers le gérant pourront-elles être prouvées par témoins ?

Certains auteurs soutiennent que la solution affirmative est commandée par la généralité des termes de

(1) Cass. 19 mars 1845. Dev. 1845, 1, 262. Cass. 2 mai 1892. D. P. 1893, 1, 316.

l'art. 1348, qui permet cette preuve en matière de quasi-contrats, sans distinguer quel rôle y joue le demandeur (1).

L'argument ne porte pas. Pour interpréter le paragraphe de l'art. 1348 relatif aux quasi-contrats, il faut se reporter au principe fondamental placé en tête du texte : l'impossibilité de se procurer un écrit. Or cette impossibilité n'existe pas pour le gérant. Il ne pourra pas prouver par témoins ses avances et ses déboursés, parce qu'il lui a été facile de retirer des quittances des personnes auxquelles il a fait des paiements relatifs à son administration (2), On admettrait, pourtant, la solution contraire si le gérant justifiait qu'il s'est trouvé dans l'hypothèse de l'art. 1348 à raison de circonstances spéciales.

Passons aux obligations pouvant exister entre le maître et les tiers. Soit un tiers qui veut établir à l'encontre du maître une obligation contractée en son nom par le gérant, ou un paiement fait à ce dernier. Il a deux choses à prouver : 1° qu'il a fait telle ou telle opération juridique avec le *negotiorum gestor ;* 2° que la personne du maître s'est identifiée avec celle du gérant, parce qu'il y a eu réellement gestion d'affaire utile. Du premier de ces deux faits, le tiers a dû se procurer un écrit ; il n'y avait à cela aucune impossibilité. L'impossibilité existait, au contraire, pour le deuxième fait, qui consiste en une relation juridique entre deux étrangers.

Il a été décidé, en ce sens, par la Cour de cassation que l'individu débiteur envers des mineurs, et qui a fait paiement de sa dette à leur mère veuve, peut prouver par

(1) Larombière, art. 1348, n° 9.

(2) Demolombe, t. VII. n° 156, p. 160 ; Laurent, t. XIX, n° 548, p. 558 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 322 *bis* II.

témoins que celle-ci était gérante d'affaire à l'égard de ses enfants (1).

Celui qui paie par erreur une somme dont il n'est pas redevable a droit de répétition contre le créancier (art. 1377). L'engagement s'est formé sans convention ; c'est un quasi-contrat. Mais, nous le savons, il ne suffit pas qu'il y ait quasi-contrat, pour que la preuve par témoins soit recevable ; il faut qu'il y ait eu impossibilité de se procurer un écrit. Or ici elle n'existe pas. Celui qui a payé indûment a pu et dû retirer une quittance de la personne qu'il considérait comme son vrai créancier (2).

S'il faut un écrit pour établir le fait du paiement, il en sera différemment des deux points suivants : que le paiement était indû, et qu'il a été fait par erreur. Ce sont là deux faits matériels dont on n'a pas pu se réserver une preuve littérale.

D'après le deuxième paragraphe de l'article 1377, le droit de répétition cesse si le créancier a supprimé son titre par suite du paiement qui a été effectué entre ses mains ; c'est qu'alors le créancier se trouverait désarmé vis-à-vis du vrai débiteur. Mais le payeur conserve son recours contre le vrai débiteur, envers qui il a agi en *negotiorum gestor*. Contre lui, il pourra faire usage de la preuve par témoins.

II. — Délits et quasi-délits.

Les délits criminels, les délits civils et les quasi-délits

(1) 12 mars 1889, D. P. 1890, 1, 15.

(2) Laurent, loc. cit., n° 554, p. 563 ; Demolombe, loc. cit., n° 159, p. 161 ; Bonnier, t. I, n° 154 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 345 ; Huc, t. VIII, n° 296, p. 376.

sont susceptibles de preuve par témoins; tous sont, en effet, des faits purs et simples. Et pour ceux qui soumettent les faits purs et simples à l'interdiction générale de la preuve par témoins, se réservant de leur appliquer l'exception de l'art. 1348, il est évident que l'impossibilité prévue par ce dernier texte est ici réalisée. On ne peut imposer à la victime du délit civil ou du quasi-délit, ou à l'autorité publique poursuivant un délit criminel, l'obligation de rapporter la preuve écrite d'un fait qui s'est passé à leur insu, et qu'elles auraient empêché si elles l'avaient pu.

Mais, fréquemment, un élément juridique viendra se greffer sur l'élément matériel du délit ou du quasi-délit.

On rencontrera cette hypothèse lorsque la perpétration du fait délictueux se liera à l'existence, à l'exécution ou l'inexécution d'une convention ou, plus généralement, d'un fait juridique.

Dans l'examen de cette question, nous ne distinguerons pas le dol du délit pourvu d'un nom par la loi, car les règles sont les mêmes dans les deux cas.

Un principe domine la matière. Quand le fait allégué par le demandeur présente divers éléments complexes, chacun d'eux doit être prouvé suivant les règles qui lui sont propres; les faits purs et simples par témoins; les faits juridiques par écrit, s'ils excèdent 150 francs. Il en sera ainsi, soit que le délit se soit produit au moment du contrat, soit qu'il ait été commis postérieurement au contrat.

Mais le premier alinéa de l'article 1348 demeurera applicable à l'élément juridique. Celui-ci pourra être établi par témoins, si la partie qui sollicite l'enquête a été dans l'impossibilité de se procurer un écrit.

Autre observation très importante : les règles des articles 1341 et suivants, sont des principes généraux communs à toutes les juridictions. Il n'y a pas une théorie de la preuve civile et une théorie de la preuve criminelle : il n'en existe qu'une seule. Les tribunaux criminels sont tenus de s'y conformer comme les tribunaux civils.

Dans l'ancienne jurisprudence, on avait tenté d'éluder l'interdiction de la preuve testimoniale inaugurée par les ordonnances, en prenant la voie criminelle. Le danger de cette pratique fut signalé avec grande force dans des conclusions de Talon, Bignon et Joly de Fleury, qui précédèrent des arrêts du Parlement des 16 janvier et 7 avril 1664, et du 12 août 1706. Ces décisions consacrèrent le principe que nous avons exposé.

Sous l'empire du Code civil, la jurisprudence se prononça dans le même sens, notamment un arrêt de cassation du 20 fructidor an XII, rendu sur les conclusions de Merlin (1).

Aujourd'hui, la question est définitivement tranchée en doctrine et en jurisprudence. Ainsi que le dit M. Bonnier, « la preuve testimoniale ne doit pas être considérée comme exclue ou admise, en principe, par cela seul qu'on se trouve avoir affaire ou à la juridiction civile ou à la juridiction criminelle. Ce n'est pas à la nature du tribunal, c'est à la nature des questions qu'il convient de s'attacher. Partout, les conventions doivent être régulièrement constatées par écrit ; partout, les simples faits

(1) On peut consulter encore, sur ce point, les notes manuscrites de M. Barris, président de la Chambre criminelle. Note 306e rapportée dans Faustin Hélie, Tr. de l'Inst. Criminelle, t. VII, p. 717, et dans le Journal du Palais, sous arrêt du 2 décembre 1813, à sa date.

peuvent être prouvés par témoins. Il n'y a, entre les deux juridictions, de différence que du plus au moins, en ce sens que, le plus souvent, il s'agit de conventions au civil, et de simples faits au criminel ». (1).

A l'aide de ces considérations, il sera facile de résoudre toutes les difficultés qui pourront se présenter.

Pour plus de clarté, nous examinerons les espèces sous deux chefs : 1° Faits délictueux liés à l'existence du fait juridique ; 2° Faits délictueux ayant trait à son exécution ou son inexécution.

A. — Faits délictueux liés à l'existence du fait juridique.

Il convient de distinguer les faits délictueux appartenant à cette catégorie, d'après le but poursuivi par leur auteur.

Première hypothèse : l'auteur du délit ou du quasi-délit entend faire produire son effet à un fait juridique, alors que la victime émet une prétention contraire, basée précisément sur la perpétration du fait délictueux.

Une convention ayant été passée entre deux individus, l'un deux allègue qu'elle a été frappée de nullité, à raison d'un délit antérieur ou concomitant commis par l'autre partie.

Le délit que l'on prétend avoir été commis a pour effet de vicier le consentement de l'un des contractants ; ou bien les parties ont, d'un commun accord, violé une disposition d'ordre public et commis une fraude à la loi.

Les faits délictueux qui vicient le consentement (dol et violence) peuvent, nous le savons, être prouvés par

(1) Bonnier, n° 149.

témoins. Qu'en sera-t-il du fait juridique qu'ils frappent d'invalidité ? Dans notre hypothèse, son existence ne sera généralement pas contestée, parce qu'il sera régulièrement constaté par écrit. En effet, si l'obligation n'était pas constatée par écrit, (en supposant, bien entendu, que son objet dépasse 150 francs), la victime du fait délictueux aurait un moyen bien simple de se soustraire à l'effet du délit qu'elle a subi : dénier le contrat. Son adversaire serait alors désarmé.

Toutefois, la victime elle-même peut avoir intérêt à prouver que le contrat a été passé et que son consentement a été vicié par le dol où la violence. Ceci se produira quand, la convention litigieuse ayant été exécutée par la partie, elle réclamera la rescision du contrat et la restitution de ce qu'elle a payé, avec ou sans dommages-intérêts. En ce cas, la partie lésée a deux choses à prouver : 1° la convention, 2° le dol ou la violence.

La convention devra se prouver par écrit, si son objet excède le taux de l'article 1341 ; sinon, la partie arriverait à se soustraire à l'effet de sa propre négligence. Elle aurait dû faire rédiger un acte (1). Cette exigence cesserait de lui être imposée si les manœuvres frauduleuses qui l'ont amenée à donner son consentement, l'avaient mise, en même temps, dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite.

La jurisprudence admet à peu près unanimement la preuve par témoins du dol (2).

(1) Aubry et Rau, loc. cit., § 765, p. 346, texte et note 8; Demolombe, loc. cit., n° 162, p. 162; Laurent, loc. cit. n° 556, p. 564; Huc, loc. cit., n° 297, p. 377.

(2) En sens contraire une décision isolée : Toulouse, 18 février 1827, Dev. et Car, t. VIII, 2, 331.

On avait soutenu devant la Cour de cassation, la théorie suivante, relativement à la violence. C'est l'article 1353 qui formule la dispense de preuve écrite en matière de dol. Or ce texte est muet au sujet de la violence. Donc, celle-ci ne peut être établie par la preuve testimoniale, au-dessus de 150 francs.

La Cour a apprécié cet argument à sa juste valeur et a rejeté le pourvoi fondé sur un pareil moyen (1). En effet, il est absolument certain que l'article 1353, placé sous la section « Des présomptions », n'a qu'un seul objet : décider que les présomptions sont admises seulement dans les cas où la loi permet la preuve testimoniale. Les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la phrase finale du texte est due à l'inadvertance du législateur. Les présomptions, dit l'article 1353, sont admises « dans les cas, seulement, où la loi admet la preuve testimoniale, *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.* » Combinée avec l'ensemble de l'article, cette disposition signifierait que, bien que la preuve testimoniale ne soit pas reçue pour prouver le dol et la fraude, les simples présomptions de l'homme peuvent servir à l'établir. Or cette conclusion est inadmissible et universellement rejetée (2).

Nous avons envisagé le délit commis par l'une des parties au détriment de l'autre. Il se peut qu'elles se soient coalisées toutes les deux dans un but coupable, pour nuire à un tiers ou violer une disposition d'ordre public qui les gênait. Elles recourent, à cette fin, à la simulation.

(1) Cass. 5 février 1828, Dev. et Car., t. IX, 1, 25.

(2) Baudry-Lacantinerie, Précis, t. II, p. 914, n° 1293 ; Huc, t. VIII, n° 344, p. 443; Laurent, t. XIX, n° 633, p. 651.

Prouver la simulation revient à prouver contre l'acte. Cette preuve ne sera pas recevable en faveur d'une partie contre l'autre, puisqu'elles sont complices et que l'une n'a pas été la victime de l'autre. Cependant, nous avons admis que la preuve de la simulation *entre parties* est admise quand il y a eu violation d'une loi prohibitive, quand il y a eu fraude à la loi (1).

Quant à la simulation pratiquée au détriment d'un tiers, l'intéressé pourra, en toutes circonstances, l'établir par témoins, comme du reste tout fait juridique auquel le tiers est resté étranger (2).

Nous arrivons à une deuxième hypothèse où le fait délictueux touche à l'existence de faits juridiques.

L'auteur du fait délictueux prétend dénier l'existence d'un fait juridique, et il compte sur ce fait délictueux pour établir sa prétention.

Le fait délictueux a consisté, ici, à supprimer le titre relatant *le negotium gestum*, ou à se l'approprier frauduleusement. La victime du fait délictueux doit prouver qu'elle possédait un titre et que ce titre lui a été volé ou extorqué par des manœuvres coupables.

La preuve par témoins du deuxième élément est, sans aucun doute, admissible. Quant au premier élément, la même solution paraît devoir être adoptée. On a objecté, en sens contraire, que le délit dont il s'agit présuppose l'existence de l'obligation dont le titre a été soustrait, et

(1) Jurisprudence constante, v. Cass., 10 juillet 1899, D. P. 1899, 1, 368.

(2) Il y a de très nombreuses décisions dans ce sens. Parmi les plus récentes voir : Cass. 21 juillet 1885, D. P. 1886, 1, 326 ; 23 mai 1887, Pandectes Françaises 1887, 1, 280 ; Tr. civ. Versailles, 11 juillet 1889, Gaz. Palais, 1890, 1, 592 ; T. civ. Seine, 16 janvier 1891, Gaz. Palais, 1891, 2, 48 ; Cass. 22 janvier 1895, D. P. 1895, 1, 205.

que cette obligation doit être établie par écrit, si elle excède 150 francs. La réponse est facile : l'impossibilité de représenter l'écrit est, en l'espèce, évidente, puisqu'elle est la conséquence immédiate du délit allégué. De plus, la partie demande à prouver, non pas l'existence d'une convention, mais le fait qu'elle détenait un écrit contenant certaines clauses.

La Cour d'Alger l'a fort bien démontré : « Attendu, dit-elle, que si, pour un contrat, une convention, la loi exige formellement une preuve écrite, il n'en est pas de même du simple fait de la possession de cet acte ; qu'elle ne saurait obliger celui qui s'est fait remettre un titre de la convention qu'il a consentie ou du fait juridique dont il a intérêt à conserver la preuve, à se munir, en outre, dans l'éventualité d'une soustraction frauduleuse, d'une preuve de l'existence de son titre » (1).

Quelquefois, l'auteur de la soustraction du titre ne discutera pas son existence passée : « Oui, dira-t-il, j'ai été débiteur, mais le titre m'a été volontairement remis parce que j'avais réglé ma dette. » Bien entendu, le créancier pourra établir par enquête que la remise du titre n'a pas été spontanée, mais qu'elle est le résultat du vol ou du dol (2).

La solution serait la même, si le titre soustrait était une contre-lettre modificative d'un acte. Il est vrai qu'en alléguant l'existence de la contre-lettre, on veut faire preuve à l'encontre de l'acte ; mais c'est une preuve par écrit qu'apporte le demandeur à l'appui de sa prétention. La

(1) Alger, 24 février 1897. D. P. 1897, 2, 488. La doctrine est dans ce sens : Laurent t. XIX, n° 562, p. 576 ; Demolombe, t. VII, n° 205, p. 195 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 356, texte et note 37.

(2) Cass. 18 novembre 1844, Dev. et Car. 1845, 1, 40.

preuve par témoins est uniquement invoquée pour suppléer l'écrit dont il a été frauduleusement dépossédé.

Il y aurait lieu d'appliquer les mêmes principes, si le débiteur n'avait pas positivement soustrait le titre, mais avait mis à profit une erreur ou une omission du créancier. Dans une espèce qui s'est présentée devant la Cour d'appel de Toulouse, le créancier avait laissé, par mégarde, son titre dans le domicile même du débiteur, à qui il était venu le présenter en vue d'obtenir son paiement. La Cour vit un dol dans la prétention émise par le débiteur d'établir sa libération par ce fait qu'il détenait le titre de créance. Elle autorisa la preuve par témoins de l'erreur du créancier (1).

On cesserait d'être sous l'empire de l'article 1348 si le titre avait été, non plus soustrait, mais volontairement remis au débiteur. La remise constitue, dès lors, un dépôt. L'usage frauduleux que le débiteur veut faire du titre serait une violation de ce dépôt, lequel devrait être, au préalable, prouvé conformément à l'article 1341 (2).

Envisageons, maintenant, l'hypothèse où, dans le cours d'un procès, un plaideur se prétendant créancier a déféré le serment à son adversaire, qui a nié l'existence de l'obligation (art. 1358 et s.).

Quand une partie recourt à ce moyen subsidiaire, il intervient entre elle et son adversaire une convention sous condition. Cette condition consiste dans le fait même de la prestation de serment, « la partie qui a déféré ou référé le serment, déclarant virtuellement, par avance, à son adversaire, qu'elle s'en remettait à sa conscience,

(1) Toulouse, 12 décembre 1895, D. P. 1897, 2, 39.
(2) Cass. 23 décembre 1853, Dev. et Car. 1854, 1, 213.

sans appel et sans retour, pour en faire dépendre la décision du procès » (1).

Aussi, voyons-nous dans l'article 1363 du Code civil que, « lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. »

Cependant, la convention, malgré le caractère authentique de la décision qui la constate, peut avoir été viciée par le dol, la violence ou l'erreur. Le juge ne peut pas garantir la sincérité des faits qui se sont passés en sa présence. On pourra, certainement, prouver par témoins que le serment a été déféré parce que l'adversaire avait fait disparaître le titre, ou parce qu'antérieurement, il avait exercé une pression frauduleuse ou des violences sur le créancier pour l'amener à user de ce dangereux mode de preuve.

Comment la partie qui a déféré ou référé le serment, fera-t-elle valoir le vice de la convention ? On est en présence d'une décision judiciaire ; la seule ressource qui reste est de faire appel, si l'on est encore dans les délais de droit.

Nous avons dit que l'intéressé ne peut pas prouver la fausseté du serment. Mais une difficulté surgit : l'article 366 du Code pénal donne le caractère d'un délit criminel au faux serment prêté devant les tribunaux civils. C'est donc qu'il peut et doit être prouvé par l'autorité dépositaire de l'action publique. La loi n'a pu consacrer l'existence d'un délit sans permettre implicitement d'en établir la perpétration.

(1) Demolombe, t. VII, p. 568, n° 658. Dans le même sens : Laurent, t. XX, n° 274, p. 309 ; Colmet de Santerre, t. V, p. 651, n° 339 *bis*, II.

Par quels moyens le ministère public devra-t-il faire la preuve de la fausseté du serment ?

L'une des parties ayant affirmé sous serment la non existence d'une obligation, prouver la fausseté du serment se réduit à prouver que cette obligation existe. On ne peut pas établir le délit sans. démontrer l'exîstence de l'obligation déniée ; celle-ci est la condition d'être du faux serment.

On se demande si le ministère public échappe à la prohibition de l'article 1341, et s'il peut faire la preuve de l'existence de l'obligation par tous les moyens possibles.

La difficulté doit se résoudre au moyen de la théorie que nous connaissons déjà : l'interdiction de la preuve testimoniale est imposée au magistrat en général, sans distinguer entre les juges civils et les juges criminels. Ceux-ci devront observer les règles de l'article 1341 toutes les fois qu'ils auront à statuer sur l'existence d'un fait juridique.

On objecte que si la prohibition de la preuve par témoins s'impose, en principe, aux juridictions criminelles comme aux juridictions civiles, c'est principalement afin que la partie intéressée ne puisse pas violer indirectement la disposition de l'article 1341 en s'adressant aux premières. Or, à l'égard du faux serment, ce danger n'existe pas, car le ministère public agit seul : « L'événement du procès criminel ne peut avoir aucune influence sur le procès civil terminé par le serment, puisque, en aucun cas, d'après l'article 1363, la partie qui a déféré le serment, ne peut revenir, même pour obtenir des dommages-intérêts, contre le jugement civil qui a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée et, ce qui est plus

encore, le caractère d'une transaction souveraine » (1). En outre, l'absence de toute partie privée rend impossible la subornation des témoins.

D'autre part, le ministère public n'a pas pu prévoir le crime ni se procurer une preuve écrite de l'obligation. Il est un tiers par rapport à la convention litigieuse et, de ce chef, il doit bénéficier de l'article 1348.

Enfin, l'article 366 du C. pénal ne fait pas de distinction suivant que le faux serment a pour objet l'existence d'une dette de plus ou de moins de 150 francs. Si, du reste, il fallait distinguer entre ces deux hypothèses, l'article 366 serait illusoire, car le serment n'est jamais déféré que lorsqu'on est dans l'impossibilité de faire valoir d'autres preuves (2).

Il est vrai que le ministère public est ici le seul à agir ; mais est-il bien exact que l'éventualité de la corruption des témoins disparaît parce que la partie privée est matériellement désintéressée à la solution du procès ? La partie n'a plus d'intérêt pécuniaire en jeu, mais elle peut être guidée par des considérations d'amour-propre et des sentiments de vengeance ; il n'est pas impossible qu'elle soudoie de faux témoins pour faire condamner pénalement son adversaire.

On prétend, ensuite, que le ministère public se trouve dans le cas d'exception de l'article 1348, parce qu'il n'a pas pu se procurer une preuve écrite de l'obligation, parce qu'il est un tiers à l'égard des parties en cause.

On fait, nous semble-t-il, une confusion. Le ministère

(1) Plaidoirie de l'avocat général Quénault sur arrêt de Cass. Ch. crim., 16 août 1844. Dev. et Car., 1844, 1, 714.

(2) En ce sens, Bonnier, n° 357 ; C. de C., Bruxelles, 15 février 1821 ; Cass. 21 août 1834, Dall. Répert. v° Oblig. n° 4895, notes 1 et 2.

public représente l'intérêt public. Or cet intérêt se confond avec celui de la partie dont les droits sont violés, violation qui engendre d'ordinaire une double action parallèle : l'action civile intentée par la partie privée, l'action publique exercée par le ministère public. On ne discute pas que, dans cette hypothèse, la partie publique ne soit dans l'impossibilité d'user des moyens de preuve interdits à la partie civile. Car, autrement, on aboutirait à ce résultat étrange qu'un fait juridique démontré par enquête serait réputé vrai à l'égard de la première et inexistant à l'égard de la seconde.

En matière de faux serment, le délit n'engendre plus qu'une action publique. Comprendrait-on que le ministère public, agissant seul, puisse recourir à une preuve qui lui est refusée lorsqu'il agit concurremment avec la victime du délit ? Est-il tiers dans un cas et partie dans l'autre ? Lorsqu'il intente la poursuite en concours avec le particulier lésé, est-il mieux à même de se procurer une preuve écrite de l'obligation, que lorsqu'il est seul à agir ?

On dira que, dans la première hypothèse, la victime du délit, étant partie au procès, apportera l'écrit, s'il en existe un. Nous répondons que, dans la deuxième hypothèse, le ministère public n'aura pas, non plus, de peine à obtenir cet écrit de la partie privée, si elle le possède. Si celle-ci refuse de le produire, elle pourrait le faire également dans le premier cas; de toutes façons, la preuve écrite sera à sa merci.

On a fait valoir un dernier argument contre la théorie que nous soutenons; l'article 366, à raison de sa formule absolue, ne se prêterait à aucune distinction basée sur la valeur du fait juridique.

Mais, précisément, si le législateur avait entendu écarter, dans ce texte, les règles de la preuve imposées par l'article 1341, il l'aurait dit en termes exprès. Il est resté muet sur ce point ; c'est donc qu'il voulait se référer au droit commun. Sa disposition pénale sera fréquemment illusoire, on doit le reconnaître. Mais on ne peut que s'incliner devant les textes (1).

B. — Faits délictueux relatifs à l'exécution ou à l'inexécution d'une obligation.

Les délits et les quasi-délits de ce genre se produisent surtout à l'occasion des conventions. C'est dans leur exécution qu'interviennent les manœuvres coupables ou les faits de négligence qui engagent la responsabilité de leur auteur.

L'existence ou l'inexistence de la convention ne forme pas ici l'objet direct du litige, comme dans les hypothèses précédentes, où tantôt la victime attaque un fait juridique à raison du fait délictueux qui l'a vicié, et tantôt prétend le maintenir, malgré les apparences défavorables à sa cause, provoquées par ce fait délictueux.

Il ne faudrait pas conclure de cette observation que l'existence du contrat ne sera jamais mise en question. Au contraire, elle sera souvent discutée. On va saisir immédiatement pourquoi. La demande tend à la réparation du dommage causé par l'inexécution ou l'exécution incomplète du contrat. Le demandeur doit faire la preuve

(1) En ce sens, Huc, t. VIII, p. 477 ; Garraud, D. Pénal, t. V, p. 28 ; Blanche, C. pénal, t. V, n° 403 ; Faustin Hélie, Tr. de l'Inst. Crim., t. VII, p. 716.

Cass. 22 mars 1878, D. P. 1878, 1, 442 ; 12 décembre 1878, D. P. 1879, 1, 439 ; Rennes 8 mars 1882, D. P. 1884, 2, 143 ; Limoges 26 février 1885, Gaz. Pal. 1885. 1, 535.

de ses allégations, c'est-à-dire établir qu'un contrat a été passé et qu'il n'a pas été ou a été mal exécuté. Nous savons, déjà, comment il y a lieu de procéder en présence d'un fait à prouver de nature complexe : chaque élément est prouvé par les modes qui conviennent à son caractère. En leur qualité de faits matériels, le dol, la fraude, la négligence sont susceptibles de preuve par témoins. Mais le contrat devra être prouvé conformément à l'article 1341 ; et cette dernière preuve précèdera nécessairement celle de l'élément délicteux, car le fait délictueux n'a pu être commis que si la convention a été réellement passée.

Il est aisé de comprendre que l'auteur du fait délictueux, actionné en responsabilité, s'empressera de dénier l'existence de cette convention, si l'adversaire n'est pas en mesure de lui opposer une preuve irréfutable.

La nécessité de la double preuve de la convention et du fait délictueux a été très nettement discernée par les anciens auteurs. Guyot rapporte un arrêt du Parlement d'Aix du 17 juin 1661, autorisant la preuve testimoniale des faits d'ingratitude du donataire envers le donateur. Mais il admet que « si, cependant, l'ingratitude résultait de l'inexécution des clauses non écrites dans l'acte de donation, la preuve testimoniale n'en serait pas admissible, parce qu'elle entraînerait celle des clauses non écrites, contre la défense expresse de l'ordonnance (1). »

Guyot cite, ensuite, un passage de Furgole où cet auteur justifie cette opinion par des raisons qu'il qualifie de « sans réplique » : « N'étant question, dit Furgole, que de la preuve de la convention, on ne peut pas dire qu'il s'agisse

(1) Guyot, répertoire, v° Preuve, p. 583.

de la preuve d'un crime qui ne peut venir que postérieurement à la convention et par la contravention; ainsi, il ne faut pas confondre ces deux choses ; la convention est un fait purement civil et ne tient rien du criminel. C'est seulement elle qui donne lieu au crime par la contravention. Il faut donc borner la preuve au seul fait de la contravention, quand le fait de la convention est prouvé par écrit. Mais on ne peut pas être reçu à la preuve de la convention qui est le principal, sous prétexte qu'on serait recevable à la preuve de la contravention qui est l'accessoire. Car c'est bien une règle que le principal attire l'accessoire, mais non pas que l'accessoire attire le principal. »

Les applications du principe sont nombreuses dans le droit moderne.

L'inexécution du contrat peut d'abord constituer de véritables délits criminels. Telles sont les infractions prévues par les articles 407 et 408 du Code pénal, au paragraphe des *abus de confiance.*

L'article 407 inflige certaines pénalités « à quiconque, abusant d'un blanc-seing qui lui aura été confié, aura frauduleusement écrit au-dessus une obligation ou décharge ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signataire. »

La remise volontaire du blanc seing, dans laquelle on verra, suivant les cas, un dépôt ou un mandat, sera prouvée par écrit, si l'intérêt en jeu est supérieur à 150 francs, à moins que le demandeur ne soit dans le domaine des articles 1347 ou 1348 (1).

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 347 ; Laurent, t. XIX, n° 556, p. 565.

Nous trouvons une application simultanée de ces deux articles dans une espèce qui s'est présentée devant la Cour de cassation. Une transaction intervenue entre plusieurs personnes avait été rédigée provisoirement en un seul original, qui était resté aux mains de l'une d'elles. Celle-ci avait remis les autres originaux, avec sa signature en blanc, à ses co-contractants qui s'étaient chargés de les remplir conformément au texte du premier exemplaire. Ces derniers dérobèrent l'original demeuré en la possession du signataire et, sur les autres feuilles revêtues de sa signature en blanc, inscrivirent des actes compromettants pour ses droits. La victime de ces machinations assigna ses adversaires en justice. Il lui fallait prouver : 1° la remise du blanc-seing ; 2° l'abus qui en avait été fait. Le demandeur ne pouvait pas exciper d'une soustraction frauduleuse des blancs-seings, qu'il aurait pu établir par témoins, puisqu'il les avait remis volontairement. Mais, ce qu'il pouvait établir par tous les moyens, c'était le vol de l'original qu'il avait gardé par devers lui. Il fit cette preuve ; dès lors, il possédait dans cet original un commencement de preuve par écrit de la remise du blanc-seing. Sur le fondement de cet écrit, la Cour l'admit à faire la preuve par témoins et présomptions de la remise des actes signés en blanc (1).

L'article 408 prévoit le détournement ou la dissipation « au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de

(1) Cass., 20 mai 1889, D. P. 1890, 1, 127.

prêt à usage, ou pour un travail salarié, ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé. »

On trouve, dans la jurisprudence, de fréquentes applications de ce délit et des règles qui en régissent la preuve, soit en matière d'*abus de mandat* (1) soit en matière d'*abus de dépôt* (2).

Dans ces deux délits, comme dans l'abus de blanc-seing, l'article 1348 pourra adoucir la rigueur de l'article 1341. Mais, de ce que le mandat ou le dépôt ont été provoqués par le dol, il ne résultera pas nécessairement que le mandant ou le déposant aient été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite de la convention. Ils devront justifier de cette impossibilité d'une manière spéciale et précise (3).

Toutes ces infractions touchent de près à l'*escroquerie*. Mais elles s'en distinguent par certains caractères. L'escroquerie, telle que la définit l'art. 405 C. pénal, consiste dans l'emploi de moyens frauduleux pour se faire remettre des sommes ou valeurs. On voit en quoi elle diffère de l'abus de confiance : dans ce dernier délit, « si le coupable a trompé la confiance qui lui a été témoignée, il n'a point sollicité cette confiance par de criminelles manœuvres (4) ». C'est en toute liberté que sa victime lui a confié un dépôt ou l'a chargé d'un mandat. Dans l'escroquerie, il y a eu aussi un contrat, mais ce contrat a été, dès l'origine, frappé de nullité à raison du dol qui a vicié

(1) Orléans, 12 avril 1847. Dev. et Car., 1847, 2, 575 ; Cass., 10 janvier 1861, D. P. 1861, 1, 94.

(2) Cass., 12 novembre 1863, D. P. 1864, 1, 150 ; 26 juin 1879, D. P. 1880, 1, 44; 5 août 1880, D. P. 1881, 1, 211

(3) Cass., 20 avril 1844. Dev. et Car., 1844, 1, 848.

(4) Chauveau et Hélie, t. VII, p. 328.

le consentement. L'article 405 définit la nature de ce dol : il consiste à faire usage « de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique ».

Nous retombons donc dans la catégorie des faits délictueux précédemment étudiés, qui ont pour résultat d'invalider les conventions. On sait que ces conventions ne sont pas dispensées de l'exigence de l'article 1341, à moins que le fait délictueux n'ait eu pour effet accessoire de rendre la rédaction d'un écrit impossible.

D'après l'article 379 C. pénal, « quiconque a soustrait frauduleusement une chose ne lui appartenant pas, est coupable de vol ». Dans le vol, il n'y a plus d'élément contractuel, mais un simple fait matériel de soustraction ; le coupable n'a pas reçu l'objet des mains de la victime, comme dans l'escroquerie et l'abus de confiance, et le propriétaire n'a à prouver que le fait de la soustraction.

Il y a donc grand intérêt à distinguer le vol des délits présupposant un contrat, car la preuve, toujours recevable par témoins, en est beaucoup plus aisée.

La Cour de cassation a décidé que la soustraction d'une chose remise par le propriétaire est un vol, lorsque la réception a été l'effet d'une communication nécessaire et forcée. Cette condition est remplie quand, par exemple, un débiteur s'étant présenté chez son créancier dans le but apparent de payer sa dette, se saisit du billet placé devant lui pour la vérification des termes de l'acquit et se retire furtivement sans effectuer le paiement. En l'espèce,

dit la Cour, il y a eu vol, car cette communication était indispensable à l'exécution du paiement, et le possesseur du titre n'a commis aucune faute (1).

Par contre, il n'y aurait pas vol, lorsque la remise de la chose a été volontaire, quand bien même cette chose serait restée sous la surveillance du propriétaire, qui n'aurait pas manifesté l'intention de s'en dessaisir (2).

La Cour d'Angers s'est montrée moins rigoureuse dans le cas suivant. Un individu avait été chargé de compter, sous les yeux mêmes du propriétaire, des pièces d'or placées sur une table, et d'en former un rouleau. Profitant d'un moment d'inattention du propriétaire, l'individu s'empara de la somme. Il fut poursuivi en justice et la Cour d'appel déclara que le délit constituait, non un abus de confiance, mais un larcin. La somme n'avait pas été *remise* au prévenu dans le sens de l'article 408 du Code pénal ; il n'y avait pas eu de contrat préexistant (3).

Cette solution, justifiée en équité, ne paraît pas strictement juridique. Quoi qu'en dise la Cour, il y a eu contrat de mandat et dol dans l'exécution de ce mandat. Il aurait fallu prouver préalablement le mandat à l'aide d'un écrit.

En d'autres circonstances, c'est un délit purement civil ou un quasi-délit qui viendra se greffer sur l'exécution du contrat. L'application des règles de la preuve se fera dans les mêmes conditions que pour le délit pénal.

Ainsi, le mineur pourra établir par enquête que son tuteur a reçu une commission dans une opération qu'il a exécutée pour le compte de son pupille. Il y a là un délit

(1) Cass. 11 janvier 1867. D. P. 1867, 1, 358.
(2) Cass. 7 janvier 1864, D. P. 1864, 1, 327.
(3) Angers 21 août 1871, D. P. 1871, 2, 156.

civil relatif à l'exécution du mandat légal de tutelle. La Cour d'appel de Rennes a autorisé la preuve testimoniale d'une commission payée au tuteur à l'occasion d'un bail passé avec un tiers (1). Elle déclare la preuve contre l'acte de bail parfaitement recevable, mais elle motive cette décision, d'ailleurs exacte, par la considération que voici : « Attendu que la preuve contre et outre le contenu des actes n'est applicable qu'entre les parties contractantes et non aux tierces personnes qui n'y ont point figuré. »

Cela n'est pas assez précis : le mineur n'est pas un tiers par rapport à la convention de bail où il a été valablement représenté. Il est tiers, seulement, à l'égard de la convention accessoire et frauduleuse, celle-ci passée par le tuteur *pour son propre compte*, et en vertu de laquelle il touche une rémunération illicite. Elle constitue, au reste, un dol dans l'exécution du mandat légal; à ce seul titre, elle peut être prouvée par témoins.

Inutile d'ajouter que, si le mandat légal de tutelle était contesté, le mineur devrait établir régulièrement ce mandat. Quant au bail, le mineur serait recevable à le prouver par enquête, parce que la preuve ne serait pas dirigée par l'une des parties au contrat de bail contre l'autre partie.

III. — Dépôts nécessaires.

Les articles 3 et 4 du Titre XX de l'Ordonnance de 1667 avaient inauguré cette exception. Le Code civil l'a reprise à peu près dans les mêmes termes : « Cette exception, dit l'article 1348, s'applique... 2° aux dépôts nécessaires

(1) Rennes 11 décembre 1817. Dev. et Car. t. V, 2, 338.

faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ».

Cette disposition est confirmée par l'article 1950 : « La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs ».

La loi distingue deux catégories de dépôts nécessaires.

La première classe comprend les dépôts faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. Cette énumération n'est pas limitative : elle est une application du § 3° de l'art. 1348 et de la règle générale formulée par le premier alinéa du même article (1).

Dans ces circonstances, le déposant s'est trouvé dans l'impossibilité morale de se procurer un écrit, comme aussi de choisir son dépositaire : « Depositum ex necessitate factum dicitur, ut potè in tumultu, incendio, ruinâ, naufragio, aliisque similibus causis, in quibus nullum pleniùs deliberandi tempus datur, ut sœpè visum fuit, cum milites pecorarii omnia surripientes pro furibus essent. Tunc simplex rusticus vel mercator fugiens cum suo thesauro, vel rebus pretiosioribus apud amicum latenter et tumultuariè deponebat », dit Boiceau (2). Et son commentateur Danty rapporte l'exemple d'un dépôt nécessaire fait par un protestant le jour de la Saint-Barthélemy, où il fut tué ; ses héritiers furent admis, malgré l'ordonnance de Moulins, à la preuve par témoins contre le dépositaire infidèle qui avait nié le dépôt.

(1) Laurent, t. XIX, n° 566, p. 583.
(2) Danty sur Boiceau, I, 3.

La preuve à fournir par le demandeur comporte deux éléments : d'abord, l'évènement malheureux et imprévu qui l'a mis dans la nécessité de faire le dépôt, ensuite, le fait du dépôt lui-même (1). Ces deux éléments seront généralement confondus, en ce sens que les personnes ayant assisté au dépôt auront été témoins de l'événement imprévu. Mais on peut très bien concevoir l'hypothèse contraire : il y aurait alors deux séries de témoignages à faire entendre (2).

L'admission de la preuve testimoniale du dépôt fait aux mains d'un aubergiste est une dérogation au droit commun. Sous l'empire de la seule disposition générale de l'art. 1348 *in principio*, le juge aurait dû, le plus souvent, la rejeter, car l'impossibilité morale de se procurer un écrit n'aurait pu être démontrée que très exceptionnellement.

Des considérations d'intérêt public ont encouragé le législateur à conserver dans notre code la disposition de l'ordonnance de 1667. Nous en trouvons l'exposé dans le discours prononcé au Corps Législatif par le Tribun Favard à la séance du 23 Ventôse an XII. Il faut que le voyageur puisse déposer ses effets, en toute sécurité, dans l'hôtellerie où il descend et « qu'il conserve la certitude que ses effets ne seront pas impunément divertis, soit par l'aubergiste, soit par les domestiques qu'il emploie, soit par les étrangers qui vont et viennent dans l'hôtellerie. Cette responsabilité qui paraît rigoureuse est, peut-être, la base la plus solide de la prospérité des aubergistes. C'est la confiance qu'ils inspirent ou la bonne foi et la

(1) Laurent, t. XIX, n° 566, p. 584.
(2) Toullier, Vol. V., 1re partie, p. 190, n° 196.

surveillance à laquelle la loi les oblige qui rend les voyages plus faciles, plus multipliés et qui appelle les voyageurs chez eux (1) ».

On peut encore ajouter une raison : si les voyageurs n'étaient pas dispensés de fournir une preuve écrite de leurs dépôts, ils ne manqueraient pas d'exiger un reçu détaillé des objets apportés par eux dans l'hôtellerie. Avec les facilités actuelles de déplacement et le nombre croissant des voyageurs, les hôteliers auraient, de ce chef, une comptabilité des plus compliquées à tenir.

Le dépôt est censé fait en mains de l'aubergiste lorsqu'il a été reçu par l'un de ses préposés. C'est une application directe de l'art. 1384 (2).

L'art. 1348, 2° ne confère pas au voyageur d'autre privilège que celui de le soustraire à la prohibition de l'article 1341. Spécialement, il continue à encourir la responsabilité de ses propres fautes ; sa demande de preuve ne serait donc pas recevable s'il était établi que la perte des objets est due à son imprudence : par exemple, s'il a laissé ses effets dans une salle ouverte, sans prévenir personne.

Un arrêt de la Cour de Lyon, du 23 juillet 1897 a vu un dépôt nécessaire dans celui qui avait été effectué par le pensionnaire d'un hospice, ou son mandataire, entre les mains du supérieur de l'établissement (3) : « Attendu, dit la Cour, qu'une telle précaution est rationnelle et usuelle, qu'elle n'a pas un caractère différent de celui des dépôts effectués par toutes les

(1) Rapporté dans Dalloz, Répert. v° Dépôt, p. 447.
(2) Larombière, art. 1348, n° 30 ; Laurent, loc. cit., n° 567, p. 585.
(3) D. P. 1897, 2, 343.

personnes qui, loin de leur domicile, sont obligées de loger dans un hôtel ou dans toute autre maison commune, entourées d'un voisinage inconnu d'elles ».

L'assimilation n'est pas exacte ; le bénéfice accordé à celui qui fait un dépôt dans un hôtel, ne souffre pas d'extension en dehors des termes de la loi. La solution donnée par l'arrêt était, peut-être, très juridique au fond ; mais la Cour aurait dû la justifier autrement : puiser, dans les circonstances de la cause, une impossibilité morale de se procurer un écrit, et voir dans le dépôt une obligation contractée en cas d'accident imprévu (art. 1348, 3°).

IV. — Accidents imprévus.

Le paragraphe 3° de l'article 1348 vise « les obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit ».

Cette disposition est une extension du paragraphe précédent relatif aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. Elle est aussi, et surtout, l'application ou même la répétition du principe fondamental énoncé en tête de l'article 1348.

Ni le Code, ni les rapporteurs qui exposèrent les motifs de la loi, n'ont jugé nécessaire de citer des exemples d'accidents imprévus « où l'on n'ait pu faire des actes par écrit ». L'appréciation en est abandonnée à la sagacité des juges. Leur décision à cet égard, visant un point de fait, ne pourrait pas être déférée avec succès à la censure de la Cour de Cassation : les premiers juges n'ont pu violer la loi, puisque celle-ci les laissait libre de décider suivant leur conscience.

V. — Perte du Titre.

Le paragraphe 4° de l'article 1348 envisage le cas « où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure ».

L'exception énoncée dans cet alinéa ne découle pas du principe général figurant en tête de l'article 1348. Il y a dans ce texte un vice de méthode : c'est à tort que le législateur présente la perte du titre comme un cas d'impossibilité de se procurer une preuve littérale de l'obligation. Cette obligation a pu être constatée par écrit, puisqu'un acte a été rédigé.

Mais, abstraction faite de cette classification défectueuse, la disposition est absolument justifiée : « La même raison, dit Pothier, qui oblige d'admettre à la preuve testimoniale celui qui n'a pu s'en procurer une littérale, oblige aussi à y admettre celui qui, par un cas fortuit et imprévu, a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale. » (1).

Le créancier est ici aussi excusable que s'il avait été, dès l'origine, incapable de se ménager une preuve écrite. Il a satisfait à l'exigence exprimée par le Code; l'équité demande qu'il ne puisse pas être privé du bénéfice de sa soumission à l'art. 1341 par des circonstances indépendantes de sa volonté : « Il serait souverainement injuste de donner au hasard et au malheur l'effet de priver d'un droit légitimement acquis la personne qui s'est conformée à la loi et à laquelle, par conséquent, on ne peut imputer aucune négligence ». (2).

(1) Pothier, Tr. des Obligations, t. II, p. 235, n° 816.
(2) Toullier, vol. V, première partie, p. 198, n° 204.

Toutes les lois restrictives de la preuve testimoniale ont admis une exception pour le cas de perte fortuite du titre. Justinien, dans sa loi 18 (Code, de Testibus 4, 20) imposa aux paiements d'obligations fondées sur des titres la nécessité de la preuve par écrit ou par cinq témoins *idonei*, mais il excepta le cas où la quittance écrite avait péri par force majeure : « Tunc liceat his qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testes probare, damnum ex ammissione instrumenti effugere ».

C'est sur le même fondement que l'ordonnance de 1667, après avoir institué les registres des paroisses comme les seuls titres probants en matière « d'âge, de mariage et de décès », décide que, « si les registres sont perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins » (art. 14, Titre 20). Cette disposition fut étendue par la doctrine contemporaine à la perte de tous les titres ; telle était du moins, l'opinion de Boiceau et de Jousse.

Dans la période intermédiaire, la loi du 15 mars 1790 a fait une application de la même théorie. Cette loi, tout en maintenant le principe que les droits ci-devant féodaux qui n'étaient pas encore supprimés à cette époque, peuvent seulement être exercés en vertu de titres, porte cependant la disposition suivante : « Les propriétaires de fiefs dont les archives et les titres auraient été brûlés ou pillés à l'occasion des troubles survenus depuis le commencement de l'année 1789, pourront, en faisant preuve du fait tant par titres que par témoins... être admis à établir soit par acte, soit par la preuve testimoniale d'une possession de trente ans antérieure à l'incen-

die ou pillage, la nature et la quotité de ceux des droits non supprimés sans indemnité qui leur appartenaient.» (Art. 6, titre 3).

Le créancier qui a perdu son titre à la suite d'un cas de force majeure peut donc recourir à la preuve testimoniale. Précisons davantage et voyons quel sera l'objet de cette preuve ainsi exceptionnellement autorisée.

La mesure destinée à relever le créancier des conséquences d'un fait qui ne lui est pas imputable, ne doit pas ouvrir un passage à la fraude. Or celle-ci serait facilitée, si le demandeur n'avait pas autre chose à prouver que la perte de son titre :

« Si celui qui demande à être reçu à la preuve testimoniale, dit Pothier, allègue seulement qu'il a perdu ses titres, sans qu'il y ait aucun fait de force majeure constaté..., il ne peut être reçu à la preuve testimoniale que ces titres ont existé. Car il ne serait pas plus difficile à quelqu'un qui voudrait faire la preuve par témoins de quelque prêt ou de quelque paiement qu'il n'aurait pas fait, de suborner des témoins qui diraient qu'ils ont vu entre ses mains des obligations ou des quittances, comme d'en suborner qui diraient qu'ils ont vu compter l'argent (1) ».

Le faux témoignage est d'autant plus facile et moins dangereux pour son auteur, que les affirmations mensongères peuvent porter sur des faits moins définis. Un juge habile a des chances sérieuses de confondre un témoin soudoyé, lorsqu'il entre dans quelques détails ; les plus avisés se contredisent parfois. Ces chances sont bien

(1) Pothier, loc. cit., p. 236.

réduites quand le témoin s'en tient à des généralités peu compromettantes. Telle serait la nature d'une déposition où le témoin déclarerait seulement que le créancier possédait, à sa connaissance, un titre et qu'il a indiqué, par la suite, l'avoir égaré, sans préciser les circonstances de la perte.

Il faut donc, avant tout, établir l'évènement qui a été cause de la disparition de l'écrit (1).

Qu'entend-on par cas fortuit ? Tout fait qui n'a pu être prévu ni empêché par le créancier et qui ne peut lui être imputé en aucune façon. Ce sera un accident de la nature ou le fait d'un tiers. Le fait d'un tiers peut être un délit ou un quasi-délit; dans ce cas, la preuve par témoins est recevable à un double titre, en vertu du § 1° et du § 4° de l'article 1348. Nous en avons étudié des applications concernant la soustraction frauduleuse du titre ; inutile d'y revenir.

Le demandeur, ayant fait la preuve de l'accident imprévu, doit démontrer ensuite : 1° l'existence antérieure du titre, 2° sa perte à raison du cas fortuit préalablement établi, 3° le contenu du titre.

Souvent, l'évènement de force majeure se confond avec la perte de l'écrit. Il en est ainsi dans la soustraction frauduleuse de l'*instrumentum* relatant la convention.

Dans bien des hypothèses, le fait de la perte ne pourra pas être l'objet d'une preuve directe. On se contentera, alors, de la présomption résultant du cas fortuit dûment justifié. Supposons que l'habitation d'un individu ait été entièrement brûlée avec tout ce qu'elle contenait. Le

(1) Toulouse, 18 janvier 1897; D. P. 1897, 2, 247 ; Larombière, t. V, art. 1348, n° 42 ; Laurent, t. XIX, n° 571, p. 588 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 355 ; Bonnier t. I n° 175 ; Huc t. VIII, n° 300, p. 379.

sinistre est de notoriété publique et personne ne songe à le mettre en doute. Des témoins sont venus, également, déposer sur l'existence du titre en mains du créancier, et déclarer que celui-ci le conservait habituellement dans la maison aujourd'hui brûlée. Les mêmes témoins ou d'autres convoqués dans ce but ont reconstitué verbalement les termes de l'acte détruit. Exiger une preuve plus précise serait, le plus souvent, mettre le sinistré dans l'impossibilité absolue de faire valoir ses droits. En effet, il lui sera bien rarement possible de faire entendre en justice des tiers ayant vu brûler le titre (1).

Il s'agit de suppléer le contenu de l'acte détruit, mais non d'en créer un nouveau. Les juges ont à tenir compte seulement des témoignages tendant à démontrer que telle clause figurait à l'acte. Mais ils devraient repousser toute déclaration relative à ce qui a été dit « avant, lors ou depuis » la confection du titre, ou ayant pour objet d'en modifier la substance.

L'article 1348, 4° est applicable à tous les actes sous seing privé et authentiques, et spécialement aux testaments (2).

Mais si l'acte est l'un de ceux où des formalités spéciales sont exigées à peine de nullité, le créancier doit prouver, outre le contenu de l'acte, l'accomplissement de ces formes ou solennités. Ceci s'appliquerait au testament olographe, aux actes sous seing privé au bas desquels doit être inscrite la mention « bon ou approuvé pour la somme de... », aux exploits d'huissiers, etc... (3).

(1) Laurent, t. XIX, n° 573, p. 592.

(2) Cass. 12 décembre 1859, Dev. et Car. 1860, 1, 630 ; Orléans 13 décembre 1862 Dev. et Car., 1863, 2, 73 ; Nancy 2 juin 1899, D. P. 1899, 2, 263.

(3) Laurent loc. cit. n° 574, p. 594 ; Bonnier t. I, n° 175 ; Larombière t. V, art. 1348 n° 49 ; Aubry et Rau, loc. cit. § 765, p. 357, 358 texte et note 43.

L'article 1348 n'impose pas au créancier d'autres preuves que celles indiquées ci-dessus.

La Coutume de Normandie était plus rigoureuse. Après avoir, dans son article 527, défendu de recevoir la preuve testimoniale de la propriété d'un immeuble, elle ajoutait dans l'article 528 : « Néanmoins, si contrat en a été passé ou le seing reconnu devant tabellions, ou que les registres ne s'en puissent recouvrer, celui qui l'a perdu doit être reçu à faire preuve par témoins que ledit contrat, avec la reconnaissance, ont été vus, tenus et lus et le contenu en iceux, et qu'il y ait eu possession suivant le contrat ».

Pour admettre la preuve par témoins de la perte d'un contrat et de son contenu, il fallait donc que le contrat ait été *passé*, c'est-à-dire passé devant notaires (1), ou qu'il eût été reconnu devant un tabellion. L'acte sous seing privé non reconnu devant l'officier public ne pouvait être suppléé en aucune façon en cas de perte.

Dans une espèce rapportée par Guyot, une partie avait été admise par les premiers juges à faire la preuve qu'un contrat de mariage sous seing privé avait été vu, tenu et lu. Par arrêt du 15 janvier 1672, elle fut déclarée non recevable dans sa demande, parce que, dit l'avocat Basnage, « la preuve n'est point admise pour les contrats sous seing privé s'ils n'ont point été reconnus devant tabellions et qu'il n'y ait eu possession en vertu d'iceux. »

La coutume de Normandie exigeait, en outre, que le contrat eût été vu, tenu et lu par les témoins. L'article 1348 se contente d'un témoignage plus indirect : il suffit que le témoin connaisse le contenu de l'acte pour l'avoir

(1) Toullier vol. V^e^, 1^re^ partie, p. 205, n° 213.

entendu lire (1). En revanche, la situation du demandeur, sous l'empire de la coutume, était plus avantageuse à un autre point de vue : l'article 528 n'imposait pas la preuve du cas fortuit ; la preuve de la perte était suffisante.

La coutume de Valenciennes limitait, elle aussi, aux actes authentiques la possibilité de suppléer à la perte du titre par la preuve orale.

Mais elle édictait des formalités plus rigoureuses encore. Le moyen de reconstituer un acte égaré ou détruit était connu, en Flandre, sous le nom de *Record de loi*. Ce n'est pas un témoin quelconque qui est appelé à déposer sur le contenu de l'acte ; ce sont les officiers publics qui l'ont passé. « Il est évident, dit Guyot, qu'une pareille attestation mérite plutôt la confiance de la justice que les dépositions de quelques particuliers, trop souvent sujets à se laisser corrompre ou, du moins, à se tromper sur des choses qui leur sont étrangères et dont ils ne peuvent, conséquemment, avoir une connaissance aussi exacte que les officiers publics au ministère duquel ils appartiennent » (2).

L'ancien système était certainement d'une pratique plus sûre que le système actuel. Mais, dans une législation qui autorise, en principe, les contrats sous seing privé, on ne pouvait conserver une théorie qui ne permettait de reconstituer à l'aide de témoins que les seuls actes authentiques. L'individu dépossédé sans sa faute d'un acte privé est aussi digne d'intérêt que celui qui a eu recours à un notaire. Il a usé d'un droit que lui confère

(1) Pothier, Tr. des Obligations, n° 815 ; Aubry et Rau, loc. cit., § 765, p. 355, note 35 ; Laurent, loc. cit., n° 574, p. 592.

(2) Guyot, Répert. V° Record de loi.

la loi ; il doit donc bénéficier des mêmes avantages, en cas de perte de son titre.

Quand il s'agira de reconstituer un acte authentique, les parties recourront, naturellement, au notaire qui en a passé la minute, comme au témoin le plus éclairé et le plus compétent. Elles feront, de leur propre initiative, ce qui, dans la procédure du record de loi, était une nécessité légale.

VI. — Cas non prévus par l'article 1348.

Nous voulons parler des hypothèses qui ne peuvent rentrer dans aucune des applications énoncées aux divers paragraphes de l'article 1348. Elles ont trait nécessairement à des obligations qui ne sont nées ni de quasi-contrats, ni de délits, ni de quasi-délits ; qui n'ont pas été contractées sous l'impression d'accidents imprévus ; enfin, dont le titre n'a pas été fortuitement perdu ou détruit.

Le nombre des cas d'impossibilité de se procurer une preuve écrite qui ne réalisent aucune de ces conditions, est forcément restreint.

Certains cas d'impossibilité morale paraissent rester en dehors de l'énumération de l'article 1348. Telle est, par exemple, l'impossibilité basée sur les usages ou sur les relations particulières existant entre les parties, comme entre maîtres et domestiques.

Signalons aussi le cas d'erreur. Le mot erreur possède deux sens différents : c'est la fausse notion que nous avons d'une chose, et dans une autre acception, c'est toute faute, toute méprise involontairement commise, soit en parlant, soit en écrivant.

Suivant la première définition, l'erreur correspond à un état d'esprit, à une manière de penser qui subsiste jusqu'à ce que la réalité des choses soit révélée à celui qui « erre ».

D'après la seconde définition, l'erreur est un simple fait occasionné par une distraction passagère. Ce fait n'est pas le résultat d'une conception inexacte ; celui qui en est l'auteur avait, au contraire, une connaissance très exacte de la situation. S'il paraît l'avoir méconnue, c'est à raison d'une pure inadvertance. Cette sorte d'erreur est ordinairement désignée par le terme « erreur matérielle ». La distinction est fort importante au point de vue juridique.

L'erreur, fausse conception des choses, exerce sur le consentement donné à une convention, une influence plus ou moins grave. Sans rechercher quelle est cette influence, disons que l'erreur qui vicie le consentement peut être établie par tous les moyens, par témoins comme par présomptions, car il a été impossible à l'intéressé de s'en procurer une preuve par écrit. La doctrine en place la preuve sur le même rang que la preuve du dol et de la violence et lui applique les mêmes principes (1).

La situation est tout autre dans le cas d'erreur matérielle. Pas de difficulté si celle-ci est intervenue au cours d'une convention verbale : ou bien l'objet de cette convention est inférieur à 150 francs ; alors les témoins, qui seraient recevables pour en établir l'existence, pourraient aussi démontrer qu'un lapsus a été commis en prononçant l'accord décisif ; ou bien il est supérieur au chiffre légal, et la preuve testimoniale

(1) Laurent, t. XIX, n° 580 p. 600 ; Bonnier, t. I, n° 141 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 765, p. 348.

est, de toutes façons, proscrite, soit pour prouver la convention, soit pour prouver l'erreur.

Que va-t-il se passer si l'erreur matérielle a été commise dans un acte écrit? Par exemple, dans un billet, le souscrivant a fait figurer, par distraction, une somme supérieure à la somme réelle. Lui sera-t-il permis d'établir par témoins qu'il s'est trompé?

D'une part, la seconde règle de l'art. 1341 interdit de recevoir aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes. Or c'est une preuve de cette nature que l'on demande à faire valoir ici. Le texte de l'acte est, par hypothèse, net et formel; toute allégation tendant à démontrer l'inexactitude d'un mot, d'un chiffre ou d'une clause quelconque, serait une contradiction à cet acte.

D'autre part, l'article 1348 autorise la preuve testimoniale contrairement à l'acte, lorsqu'il a été impossible à la partie de se procurer une preuve écrite. Sur le fondement de ce texte, l'intéressé pourrait être tenté de dire : « Je n'ai pu me réserver une preuve littérale de l'erreur matérielle que j'ai commise ou qui a été commise par mon adversaire ou par le notaire. Cette erreur a passé inaperçue de tous; il a été impossible de la rectifier ».

Remarquons, d'abord, qu'admettre un pareil raisonnement reviendrait, dans la plupart des cas, à supprimer l'application de la deuxième règle prohibitive de l'article 1341.

L'individu prétendant que l'acte n'a pas fidèlement reproduit les accords intervenus allèguera toujours, hors le cas de simulation, une omission ou une erreur. En d'autres termes, l'inexactitude invoquée sera néces-

sairement volontaire ou involontaire : volontaire, elle sera l'effet d'une simulation; involontaire, elle résultera d'une distraction, d'une erreur matérielle.

On pourrait donc établir par témoins toute inexactitude involontaire. L'interdiction de la preuve contre les actes s'appliquerait uniquement à l'hypothèse de la simulation concertée. Encore faudrait-il, pour que la défense subsistât, que la simulation n'ait pas eu pour but de tourner une disposition légale. On a vu que, dans ce cas, la doctrine et la jurisprudence concèdent aux parties elles-mêmes, le droit de démontrer la simulation par témoins.

A côté de cet argument, il en est un autre plus décisif. En sollicitant la preuve par témoins de l'erreur matérielle, la partie demande à prouver 1° que la convention réelle n'était pas conçue dans les termes qui figurent à l'acte ; 2° que cette non conformité provient d'une erreur.

Ce dernier point est, certainement, susceptible de preuve par témoins, car c'est un fait pur et simple. Mais le premier point, qui, dans l'ordre logique de la démonstration, doit être prouvé d'abord, constitue un fait juridique contraire à l'acte écrit ; on ne pourra donc l'établir par enquête que s'il a été impossible de s'en procurer une preuve littérale. Or, ce n'est pas le cas ici. La partie aurait très bien pu avoir une preuve écrite de l'obligation telle qu'elle a été effectivement contractée. Il suffisait, pour cela, de relire attentivement l'acte et de rectifier les inexactitudes ou les omissions qui auraient pu s'y glisser. Il n'y a pas eu d'impossibilité même morale ; il y a eu faute et négligence du côté de la partie intéressée.

Il est donc certain qu'en présence d'un acte clair, précis, et dont les différentes énonciations concordent parfaitement entre elles, les juges devront débouter celui des contractants qui prétend faire la preuve d'une erreur matérielle: « Que vous alléguiez une inexactitude de rédaction, dit Demolombe, une omission, une erreur involontaire ou une simulation concertée, il n'importe, dès que votre allégation est en contradiction avec l'acte.» (1).

Mais, si l'on voit avec raison dans la preuve de l'erreur matérielle une preuve contraire à l'acte, et à ce titre inadmissible, il va de soi que cette irrecevabilité disparaît lorsque la loi apporte exception à la sévérité de l'article 1341.

Or le Code civil autorise la preuve testimoniale à l'encontre d'un acte lorsqu'il existe un commencement de preuve écrite remplissant les conditions de l'article 1347 : un écrit quelconque, acte, lettre, mention manuscrite, pourra donc livrer passage à la preuve par témoins ou présomptions de l'erreur, quand il sera émané de l'adversaire.

Nous savons, également, que l'interprétation des actes n'est pas une contradiction à leur contenu et que le magistrat peut s'aider, dans ce travail, de la preuve par témoins. Qu'est-ce qu'interpréter un acte ? C'est s'efforcer d'en découvrir la portée exacte, d'en éclaicir les dispositions obscures, de rechercher, entre deux clauses contradictoires, quelle a été l'intention des parties.

Il y a donc une pure interprétation dans le fait de corriger une erreur matérielle, lorsque le texte lui-même la

(1) Demolombe, tr. des contrats, t. VII, n° 80.

décèle ; il n'est plus question, dès lors, de contredire ce texte, mais au contraire « d'en révéler l'exactitude et la sincérité. » (1).

La jurisprudence a consacré ces principes. Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon (2) décide que l'on ne peut rectifier à l'aide de présomptions ou de témoins la date, évidemment fausse, d'un testament olographe, « lorsqu'il ne renferme aucun document de nature à démontrer l'erreur du testateur et la date véritable du testament ». Comme conséquence, la Cour prononce la nullité du testament.

Par contre, la correction de l'erreur matérielle est admissible par tous les moyens dans l'hypothèse suivante. Dans un acte de transport de droits successifs il est indiqué que le cessionnaire a reçu le prix de la cession des mains du cédant. Evidemment, il y a eu transposition erronée de noms ; cela peut et doit être rectifié (3).

Dans une autre espèce, une compagnie d'assurances demandait la nullité de l'assurance pour dissimulation frauduleuse par l'assuré, dans la description des lieux assurés, d'un fait de nature à augmenter le risque. Le défendeur fut admis à prouver par témoins que cette description renfermait, non pas une dissimulation, mais une erreur matérielle imputable à l'agent de la compagnie qui avait dressé la police (4). Cette solution ne saurait être critiquée. Il ne s'agissait pas de modifier la convention ; les deux parties s'accordaient à reconnaître que la police renfermait une énonciation inexacte. L'objet de

(1) Demolombe, loc. cit., p. 103.
(2) Lyon, 22 février 1859, D. P. 1859, 2, 112.
(3) Cass., 23 avril 1860, D. P. 1860, 1, 228.
(4) Cass., 19 janvier 1870, D. P. 1870, 1, 302.

la contestation était seulement de savoir si l'inexactitude était volontaire ou involontaire, et à qui l'on devait en attribuer la responsabilité. Tout cela constituait évidemment un fait pur et simple.

La rectification de l'erreur matérielle qui est révélée par l'acte même a été encore autorisée par un arrêt de la Cour de Pau du 21 mars 1887 (1).

Nous avons à résoudre une dernière question.

Les parties peuvent-elles déroger par des conventions particulières, non plus à l'interdiction de la preuve par témoins, mais à son admission quand elle est exceptionnellement autorisée par la loi (art. 1347 et 1348)?

Peuvent-elles décider d'avance que la preuve testimoniale ne sera reçue dans aucun cas, en ce qui concerne un point spécial susceptible de provoquer entre elles un conflit éventuel?

En d'autres termes, les dispositions contenues dans les articles 1347 et 1348 sont-elles d'ordre public?

Dans ces deux textes, la loi déroge à la rigueur de l'art. 1341 parce que, dans les hypothèses qu'ils prévoient, la stricte application de la prohibition aurait entraîné un résultat injustifié. Dans le premier cas, la prétention du demandeur possède un solide point d'appui ; le fait allégué apparaît comme vraisemblable, sinon certain, et la preuve par témoins est invoquée pour confirmer l'existence d'un droit probable, et non pour l'établir de toutes pièces. Dans le second cas, le demandeur est excusable de recourir à la preuve testimoniale, puisque c'est le seul moyen qui lui reste pour faire valoir sa demande.

L'intérêt privé du demandeur a donc seul dicté l'excep-

(1) D. P. 1887, 2, 159.

tion des articles 1347 et 1348. Celui-ci a pu valablement y renoncer d'avance, s'il a jugé que cela ne lèserait pas gravement ses intérêts.

On trouve une décision en ce sens dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 27 avril 1883 (1).

(1) D. P. 1884, 2, 71.

APPENDICE

DE L'ADMISSION DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT

L'admission des preuves, dans les procès entre les contribuables et la régie de l'enregistrement, n'est pas soumise aux règles du droit commun.

Pour nous en tenir à ce qui concerne la preuve testimoniale, cette preuve n'est pas, en thèse générale, admise en matière d'enregistrement.

La loi du 22 Frimaire an VII a déterminé par quels modes de preuve les inexactitudes d'évaluation pourraient être établies dans les mutations d'immeubles.

Cette preuve pourra être faite par la voie de l'expertise, à l'égard des mutations d'immeubles opérées à titre onéreux (1).

Quant aux transmissions d'immeubles à titre gratuit, l'insuffisance d'évaluation pourra être démontrée soit par l'expertise de leurs revenus, soit par des actes « qui puissent faire connaître le véritable revenu des biens (2) ».

On s'est demandé si la preuve testimoniale n'est pas

(1) L. 22 Frimaire an VII, art. 17.
(2) Art. 19.

admissible pour la détermination de la valeur imposable, quand il s'agit de mutations mobilières.

La loi de Frimaire ne contient aucune disposition relative aux modes de preuve dont la régie peut faire usage pour combattre les évaluations des particuliers en matière de transmission de meubles.

Trois systèmes sont en présence.

D'après un premier système, on décide qu'en l'état du silence de la loi de Frimaire, on doit faire application du droit commun aux mutations mobilières et admettre tous les modes de preuve reconnus par le droit civil.

Cette théorie a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1846 (1).

Mais elle ne paraît pas conforme à l'esprit de la loi.

Comment expliquer que le législateur, qui a limité avec tant de soin les moyens de preuve mis à la disposition de la régie en matière de mutations d'immeubles, ait entendu autoriser tous les modes d'instruction du droit commun en ce qui concerne les mutations de meubles ? (2).

D'après ce système, la loi de Frimaire aurait implicitement formulé deux principes diamétralement opposés : pour les mutations immobilières, elle aurait prononcé l'exclusion de tous les moyens de preuve du droit commun à l'exception de certains qu'elle a limitativement énumérés ; pour les mutations mobilières, au contraire, cette même loi aurait autorisé toutes les preuves du droit commun. Cela n'est pas admissible.

Il résulte, d'ailleurs, des explications du rapporteur de

(1) D. P. 1846, 1, 321.
(2) Voir Naquet, Tr. des droits d'enregistrement, 2e édit., t. III, no 1169.

la loi de Frimaire au Conseil des Cinq-Cents, que le législateur n'a pas eu l'intention d'accorder à la régie des moyens de contrôle aussi étendus. Il n'a pas voulu que l'administration puisse se livrer à des recherches sur la valeur des biens transmis, par des enquêtes susceptibles de jeter l'inquiétude et le trouble dans les familles. Il a reculé devant le « scandale intolérable qu'il y aurait à placer les préposés dans un état permanent d'hostilité contre toutes les familles, et à les autoriser à pénétrer dans leurs affaires les plus intimes (1) ».

En outre, la loi de Frimaire a organisé une procédure écrite incompatible avec la plupart des preuves du droit commun telles que l'enquête, la commune renommée, le serment, l'interrogatoire sur faits et articles, etc.

Aux termes de l'article 65 de la loi de Frimaire, l'instruction des procès entre la régie et les contribuables doit se faire « par de simples mémoires respectivement signifiés ». La loi du 27 Ventôse an IX, dans son article 17, ajoute qu'il n'y aura pas de plaidoirie (2).

Aussi, un deuxième système, s'appuyant sur cette dernière considération, autorise la régie à invoquer tous les moyens de preuve qui ne sont pas incompatibles avec la procédure écrite, notamment les actes régulièrement communiqués, l'aveu antérieurement fait en justice et constaté dans un jugement, et les présomptions reposant sur des titres opposables aux parties.

Au contraire, la preuve testimoniale, l'interrogatoire sur faits et articles, la comparution des parties, etc., ne seraient pas recevables.

(1) Rapport de M. Crétet au Conseil des Cinq-Cents, cité par M. Naquet, loc. cit.

(2) En ce sens Cass. 21 juillet 1886, D. P. 1886, 5, 199-29 ; 23 juillet 1895, D. P. 1896, 1, 450.

Cette doctrine est aujourd'hui adoptée par les auteurs et par une jurisprudence constante (1).

D'après un troisième système, qui nous paraît préférable, la loi de Frimaire doit être interprétée dans un sens exclusif de *toutes* les preuves du droit commun en matière de mutations mobilières (2).

Cette opinion trouve un sérieux point d'appui dans la loi du 21 juin 1875.

Cette loi indique par quels moyens pourra être déterminée la valeur de la propriété et de l'usufruit des biens meubles, pour la liquidation et le paiement des droits de mutation par décès; à savoir: « 1° Par l'estimation contenue dans les inventaires ou autres actes passés dans les deux années du décès; 2° Par le prix exprimé dans les actes de vente, lorsque cette vente a lieu publiquement dans les deux années qui suivent le décès...; 3° Enfin, à défaut d'inventaires, d'actes ou de vente, par la déclaration faite conformément au § 8 de l'art. 14 de la loi du 22 Frimaire an 7 (3). »

Ainsi que le fait très justement remarquer M. Naquet, dans la première édition de son traité, « il serait singu-

(1) G. Demante, Principes de l'enregist. II, n° 767; Championnière et Rigaud, Tr. des dr. d'enregist. Suppl., n° 1024; Diction. des Rédacteurs du J. de l'enregist., V° Présomption, n° 90; Garnier, Répert. de l'enregist., n° 6195; Naquet, loc. cit., 2e édit., n° 1169.

Cass., 29 février 1860, D. P. 1860, 1, 139; 19 mars 1862, D. P. 1862, 1, 223; 27 mai 1868, D. P. 1869, 1, 146; 27 juin 1883, D. P. 1884, 1, 239.

(2) Naquet, 1re édition, n° 1198, t. III.

(3) Art. 3. — La loi du 25 février 1901 (art. 11, 3°) a ajouté un quatrième mode d'évaluation de la valeur des biens meubles : cette évaluation pourra se faire en prenant pour base 33 p. 100 de l'évaluation faite dans les polices d'assurances en cours au jour du décès, et souscrites par le défunt ou ses auteurs moins de cinq ans avant l'ouverture de la succession, sauf preuve contraire.

lier que la loi crût devoir décider, par une disposition spéciale et formelle, que l'administration pourra invoquer les pièces et actes émanés des parties pour prouver les dissimulations dans les évaluations des meubles transmis par décès, si ce droit existait en principe, et en vertu de la loi de Frimaire elle-même, pour toutes les mutations de meubles (1). »

Le principe de l'exclusion de la preuve testimoniale en matière d'enregistrement comporte certaines exceptions.

Nous en trouvons une dans les ventes publiques de meubles. La loi du 22 Pluviôse an VII prescrit un certain nombre de formalités à observer dans ces ventes : aucun officier public ne peut procéder à la vente sans une déclaration préalable faite au bureau de l'enregistrement dans l'arrondissement duquel elle doit avoir lieu (2); cette déclaration doit être inscrite sur un registre à ce destiné, et contenir des mentions déterminées. Enfin, dans le procès-verbal de la vente, doit figurer la mention des objets vendus, avec le prix inscrit en toutes lettres et « tiré hors ligne en chiffres (3). »

Les agents de la régie ont pour mission de rechercher les irrégularités et de constater la non observation des dispositions précédentes. Ils peuvent, pour cela, recourir à la preuve testimoniale. L'article 8 *in fine* dit en effet : « La preuve testimoniale pourra être admise sur les ventes faites en contravention à la présente. »

L'enquête se fait suivant les formes du droit commun ; mais l'instance qui s'engage à la suite de l'enquête doit être instruite conformément à l'article 65 de la loi du 22

(1) Naquet, 1re éd. n° 1199, p. 241, t. III.
(2) Art. 2.
(3) Art. 5.

Frimaire an VII et à l'article 17 de la loi du 27 Ventôse an IX (1).

La preuve testimoniale est encore admise dans l'hypothèse prévue par la loi du 23 août 1871. L'article 12 de cette loi punit d'une amende égale au quart de la somme dissimulée, et payée solidairement par les parties, toute dissimulation dans le prix d'une vente et dans la soulte d'un échange ou d'un partage ; et l'article 13 ajoute : « La dissimulation peut être établie par tous les genres de preuves admises par le droit commun. Toutefois, l'administration ne peut déférer le serment décisoire, et elle ne peut user de la preuve testimoniale que pendant dix ans, à partir de l'enregistrement de l'acte. »

On se rendait compte, depuis longtemps, de la fréquence des dissimulations de prix dans les ventes. Ces dissimulations causaient une perte considérable au Trésor. De plus, elles entraînaient dans la répartition des charges une inégalité choquante. L'exproprié, le mineur, le failli, en un mot tous ceux à qui la vente publique est imposée, supportaient l'impôt dans toute sa rigueur. Au contraire, les majeurs conservaient toute liberté pour mentionner au contrat un prix de vente inférieur à celui réellement versé. La seule façon pour la régie de déjouer cette fraude consistait à requérir l'expertise.

Le projet du Gouvernement comportait des mesures très énergiques ; il décidait, notamment, que toute somme payée en sus du prix de vente ou de la soulte énoncés à l'acte serait sujette à répétition. Mais l'Assemblée nationale repoussa cette disposition rigoureuse et se borna

(1) V. Dictionnaire des Rédacteurs du J. de l'Enregistrement. V° Vente publique de meubles, n° 147.

à adopter la proposition de M. de Ventavon qui accorde à l'administration la faculté d'user des preuves du droit commun à l'exception du serment décisoire.

Remarquons que, d'après l'instruction de l'administration de l'enregistrement du 25 août 1871 (1), les modes de preuve énoncés dans l'article 13 ne sont admis que pour démasquer une dissimulation frauduleuse du véritable prix d'achat.

Ces modes de preuve ne sont pas applicables au cas où le prix aurait été sincèrement exprimé, mais ne représenterait pas la valeur vénale de l'objet transmis. Dans cette hypothèse, on ne pourrait recourir qu'à l'expertise, conformément à la loi de Frimaire an VII.

On s'est demandé si l'article 13 de la loi du 23 août 1871 est applicable aux mutations mobilières comme aux mutations immobilières.

Malgré la généralité des termes de cet article, on s'accorde à reconnaître que les mutations d'immeubles, seules, tombent sous le coup de cette disposition (2).

Une seule catégorie de mutations mobilières a été soumise aux nouvelles mesures répressives de la fraude : ce sont les ventes de fonds de commerce que nous allons examiner immédiatement.

L'article 7 de la loi du 28 février 1872 soumet à un droit de 2 pour 100 « les mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèles ».

Ce droit est perçu sur le prix de vente de l'achalandage, de la cession du droit au bail et des objets mobiliers

(1) Voir D. P. 1871, 3, 51.

(2) Naquet, loc. cit., n° 1168 ; Dict. de l'Enregistrement, v° Dissimulation, n° 42.

ou autres servant à l'exploitation du fonds. Seules, les marchandises neuves sont assujetties à un droit de 0,50 par 100 francs, à condition qu'on ait stipulé pour elles un prix particulier, et qu'elles aient été désignées et estimées, article par article, dans le contrat ou dans la déclaration détaillée qui doit être faite à l'enregistrement dans les trois mois de l'entrée en possession (art. 8).

Comment l'administration peut-elle établir qu'une mutation de fonds de commerce a eu lieu ?

L'article 9 de la loi de 1872 répond à cette question : « La mutation de propriété des fonds de commerce ou des clientèles est suffisamment établie pour la demande et la poursuite des droits d'enregistrement et des amendes, par les actes ou écrits qui révèlent l'existence de la mutation ou qui sont destinés à la rendre publique, ainsi que par l'inscription aux rôles des contributions du nom du nouveau possesseur, et des payements faits en vertu de ces rôles, sauf preuve contraire ».

Il se peut que, l'existence de la mutation étant dûment établie, l'administration allègue soit une insuffisance de prix, soit une dissimulation de prix.

Aux termes de l'article 8 (al. 3), « l'insuffisance du prix de vente du fonds de commerce ou des clientèles, peut également être constatée par expertise, dans les trois mois de l'enregistrement de l'acte ou de la déclaration de la mutation ».

A l'égard des dissimulations, le même texte (al. 2) déclare applicables les articles 12 et 13 de la loi du 23 août 1871, concernant l'admission de tous les modes de preuve du droit commun, à l'exception du serment décisoire.

La loi du 25 février 1901, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1901, a prescrit l'admission des preuves du droit commun, à l'exception du serment, dans une hypothèse particulière.

L'article 2 de cette loi porte que « les droits de mutation par décès de biens meubles ou immeubles seront liquidés sur la part nette recueillie par chaque ayant droit..... ». Et l'article 3 ajoute : « Pour la liquidation et le paiement des droits de mutation par décès, seront déduites les dettes à la charge du défunt dont l'existence au jour de l'ouverture de la succession sera dûment justifiée par des titres susceptibles de faire preuve en justice contre le défunt. »

Cette disposition fort équitable, qui consiste à soustraire à l'évaluation de la matière imposable les dettes qui en diminuent la valeur réelle, ne peut manquer d'être la source de nombreuses fraudes. Il fallait donc donner à la régie de l'enregistrement la faculté de déjouer ces calculs dans la mesure du possible.

C'est le but qu'a poursuivi le législateur en édictant l'article 8 : « L'inexactitude des déclarations ou attestations de dettes pourra être établie par tous les moyens de preuve admis par le droit commun, excepté le serment. »

Les agents du fisc pourront donc démontrer par témoins le caractère fictif des dettes figurant sur l'inventaire détaillé du passif de la succession, que les déclarants doivent déposer au bureau de l'enregistrement concurremment avec la déclaration de succession (1).

(1) Art. 4.

SECONDE PARTIE

DROIT COMPARÉ

Une distinction s'impose entre les diverses législations étrangères. Certaines présentent une codification de la preuve analogue à la nôtre : c'est le cas des Codes belge et italien. Il en sera traité très brièvement.

D'autres s'écartent de la loi française, en ce qu'elles repoussent toute limitation basée sur le montant du litige, mais prohibent, cependant, la preuve testimoniale à l'encontre des écrits. A cette catégorie l'on peut rattacher la loi anglaise.

Le droit allemand présente le type le plus remarquable du système d'admission illimitée de la preuve par témoins.

Enfin nous ferons une place spéciale aux lois suisses, qu'il faudrait scinder en plusieurs groupes, à raison de leur diversité, si on voulait les faire entrer dans une des classes indiquées ci-dessus.

§ I. — *Législations analogues au Droit français.*

Le Code civil belge reproduit textuellement les articles 1341 et suivants du Code civil français (1).

(1) Voir : Codes Belges annotés, par G. Beltjens, 1880.

Le Code civil du Congo promulgué le 30 juillet 1888, dans son article 217, subordonne l'admission de la preuve testimoniale à la valeur de l'intérêt litigieux, qui doit être inférieur à 150 francs (1).

Ce chiffre est porté à 500 lires par le *Code civil italien* du 25 juin 1865, où l'on retrouve, formulés à peu près dans les mêmes termes et désignés sous les mêmes numéros, nos articles 1341 et suivants.

Dans le *Code civil égyptien* (2) figurent des dispositions analogues : « Dans toutes les matières, autres que les matières commerciales, et quand il s'agira de sommes ou valeurs supérieures à 1.000 piastres turques, ou indéterminées, les parties qui n'auront pas été empêchées par les circonstances de se procurer un écrit constatant l'obligation ou la libération, ne seront pas admises à en faire la preuve par témoins ou par présomptions (art. 283) ».

On voit que ce texte édicte, à la fois, la prohibition de recevoir la preuve testimoniale au delà d'un certain chiffre, et sa recevabilité quand il a été impossible de se procurer un écrit.

La prohibition cesse encore quand il y a un commencement de preuve par écrit : « La preuve testimoniale ou par moyen de présomptions sera, cependant, admise lorsque l'obligation ou la libération sera rendue vraisemblable par un écrit émané de la partie (art. 285). » Même dérogation en cas de perte du titre : « Il en sera de même quand il y aura preuve formelle de la perte du titre par cas fortuit (art. 286) ».

Enfin, dans l'art. 289, le Code égyptien apporte encore

(1) Voir les Codes du Congo, par L. Hébette et L. Petit, 1892.
(2) Les Codes égyptiens, Alexandrie, 1874, ch. VI.

au principe général une restriction qui n'existe pas dans notre droit ; une simple présomption peut, alors, livrer passage à la preuve testimoniale : « Le commencement d'exécution peut, suivant les circonstances, autoriser le juge à ordonner la preuve par témoins ou présomptions ».

§ II. — *Législations interdisant seulement la preuve par témoins contre le contenu des actes.*

I. — Droit Anglais.

Avec le droit anglais, nous entrons dans une législation d'aspect tout particulier. Ici, plus de formules précises et exclusives, pas de codification, pas même de loi d'ensemble sur chacune des matières que leur analogie ou leur connexité pourraient rapprocher; mais des lois éparses (*statutes*), et surtout d'innombrables décisions de justice, quelquefois contradictoires et souvent obscures. Tel est le dédale où le praticien anglais est obligé de se mouvoir, et qui justifie amplement la réputation de complexité du droit britannique.

La théorie des preuves, *law of evidence*, participe à un haut degré de cet inconvénient. Et si la législation et la jurisprudence de la matière sont confuses, il faut bien reconnaître que la doctrine n'a pas su, en général, remédier à ce manque d'unité et de méthode. Non pas que le sujet de la preuve ait été négligé par les auteurs anglais : les traités sur la preuve ne font pas défaut, mais il ne semble pas qu'ils aient beaucoup contribué à éclaircir le sujet. Presque tous ces ouvrages ne constituent que des énumérations plus ou moins longues de *statutes*

remontant souvent à une époque reculée, des collections plus ou moins compactes de décisions de jurisprudence et d'opinions d'auteurs.

Les principes généraux n'y sont pas nettement dégagés. On a la sensation, en les parcourant, de lire un dictionnaire de jurisprudence, beaucoup plus qu'un traité de doctrine (1).

En 1872, l'*Indian evidence act*, applicable aux Indes Anglaises, a remanié complètement la législation de la preuve en vigueur dans ce pays, et en a condensé la substance en un Code formé de 167 sections. Vers la même époque, lord Coleridge, alors Attorney général, essaya vainement de faire aboutir un projet analogue pour l'Angleterre ; M. Fitzjames Stephen, juge à la Haute Cour de justice, qui l'assista dans la préparation du projet, constate, non sans quelque découragement, que les législateurs anglais n'ont pas osé entreprendre la codification de la loi sur la preuve, par défaut de confiance en leur propre capacité juridique. « Et, ajoute-t-il, cette méfiance d'eux-mêmes paraît justifiée, car les membres de notre Parlement seraient aussi embarrassés pour discuter convenablement un bill de codification de la preuve que pour peindre un tableau. »

M. Fitzjames Stephen, ne pouvant obtenir pour son

(1) Voici quelques-uns des principaux ouvrages traitant de la *law of evidence* en Angleterre : *Law of evidence*, par M. Taylor, donnant près de 9.000 décisions judiciaires et plus de 750 actes du Parlement ; *Roscoe's Digest of the law of evidence*, se référant à plus de 11.700 espèces ; *Best's principles of the law of evidence*, avec 1400 citations environ; et bien d'autres encore, tels que ceux de Mc. Nally, Philipps, Starkie, Wigram, etc.

Il faut ajouter à cette liste deux ouvrages publiés aux Etats-Unis : *A treatise on the law of evidence*, par Simon Greenleaf (Boston 1876); *A commentary on the law of evidence in civil issues*, par Francis Wharton (Philadelphie 1877).

projet de loi la sanction parlementaire, l'a publié en un manuel d'une précision et d'une concision remarquables ; les espèces de jurisprudence n'y sont plus la base de la doctrine, mais elles ne font, suivant sa propre expression, qu'illustrer les principes (1). C'est à cette source qu'ont été puisés bon nombre des renseignements qui vont suivre.

Voyons maintenant quelles sont les dispositions les plus saillantes de la *law of evidence*, spécialement en ce qui touche à la preuve testimoniale.

Le droit anglais admet deux sortes de preuves principales, la preuve écrite et la preuve orale *(parol evidence* et *written evidence)*. Le terme générique de preuve par la parole comprend, notamment, l'aveu et la preuve testimoniale. Nous n'examinerons ici que cette dernière.

En principe, dans le droit anglais, tout fait peut être prouvé par témoins, sauf dans certains cas limitativement déterminés par la loi (2). On n'y trouve aucune disposition comparable à celle qui, dans notre code civil, restreint la preuve testimoniale lorsque l'intérêt en litige excède un certain taux : il y a, sous ce rapport, liberté complète (3).

Certains contrats, à raison de leur nature et de leur importance, doivent être rédigés par écrit. C'est une disposition législative connue sous le nom de *Statute of Frauds* et édictée par Charles II en 1677 (Statut 29, ch. 3. s. 4), qui a introduit cette innovation. Ce statut décide qu'aucune action ne sera accordée à raison d'une

(1) *A digest of the law of evidence* par James Fitzjames Stephen, 4e édition.

(2) Stephen, ch. VIII, art. 61.

(3) Voir plus loin une exception à ce principe, en matière commerciale.

obligation née d'un contrat relatif à des terres ou à des successions, à moins qu'un acte écrit, une note ou un simple mémorandum n'aient été dressés et signés par la partie qui s'oblige, ou toute autre personne légalement autorisée par elle.

Le même statut exige aussi la rédaction d'un écrit, ou tout au moins d'un mémorandum, dans les cas suivants : 1° quand un exécuteur testamentaire ou un administrateur des biens d'une personne s'est obligé spécialement à répondre de sa gestion sur ses propres biens ; 2° quand on s'est porté caution des dettes, des fautes, ou de la mauvaise gestion d'autrui ; 3° quand il s'agit de conventions matrimoniales ; 4° si le contrat doit être en force pendant plus d'un an (1).

Enfin, en matière commerciale, doit être encore rédigé par écrit tout contrat de vente de marchandises de valeur égale ou supérieure à 10 livres sterling, sauf si l'exécution du contrat est commencée par la livraison ou le paiement.

Examinons maintenant la preuve testimoniale dans ses rapports avec la preuve écrite. Un premier principe domine la matière : on ne peut pas faire la preuve par témoins du contenu d'un acte ; il faut présenter cet acte lui-même, sauf en cas de disparition ou de destruction.

Il semble, cependant, que la règle ci-dessus ne doive pas s'appliquer aux faits purement matériels. S'il s'agit, par exemple, de prouver le fait pur et simple de l'occupation d'une terre par un fermier, la preuve pourra en être faite par le paiement de la rente ou par témoins, serait-il cons-

(1) V. Sélim, Aperçu de la loi anglaise au point de vue pratique et commercial.

tant qu'un écrit a été rédigé. Mais, au cas où une question de propriété ou une discussion sur les conditions du fermage viendrait se greffer sur le point de fait, on retomberait sous l'empire de la règle : il faudrait donc produire l'écrit s'il y en a un.

Bien entendu, si l'accord écrit n'a qu'une relation indirecte avec l'objet du litige, ou s'il est resté à l'état de simple projet, le demandeur n'aura pas à l'exhiber. De même encore si, durant l'exécution d'un contrat écrit, une convention séparée est intervenue verbalement, il n'est pas nécessaire, pour prouver cette dernière, d'avoir recours à l'écrit constatant le contrat primitif. Cela suppose, évidemment, que la convention verbale ne s'applique pas à des matières où l'écrit est exigé par le *Statute of Frauds*. Nous allons voir immédiatement quelle est la valeur d'une convention verbale modificative d'un acte écrit.

Nous avons vu que, lorsque un écrit a été dressé, on ne peut pas faire la preuve par témoins de la convention qui y est constatée : puisqu'on possède une preuve présentant le maximum de garantie, il est logique de s'y tenir.

A plus forte raison ne pourra-t-on pas prouver contrairement aux termes de cet écrit : la preuve testimoniale ne saurait être admise pour en modifier le contenu ou y ajouter quelque disposition nouvelle.

Mais la règle n'a pas d'application quand l'écrit a été passé sous l'influence de la fraude ou de la violence ; lorsque les parties signataires, ou l'une d'elles, étaient incapables de contracter ; dans le cas, enfin, où l'objet du contrat est en contradiction avec une loi d'ordre public. L'erreur de fait ou de droit pourrait également être établie par témoins à l'encontre de l'acte écrit.

Ces restrictions sont très justifiées et on les retrouve dans notre droit français.

Mais voici une disposition qui paraît moins heureuse : les parties pourront toujours exciper d'un accord verbal séparé, intervenu à la même époque que l'acte écrit, et relatif à un point sur lequel l'écrit est muet, pourvu que cet accord ne soit pas incompatible avec les termes de l'acte ; le tout, s'il apparaît au juge, d'après les circonstances de la cause que les parties n'ont pas entendu faire une transaction écrite définitive et exclusive de toute modification.

Voici une espèce : A donne une terre à location à B. Ils déclarent se proposer de faire un bail ; mais, avant de le rédiger, B indique à A qu'il ne le signera pas si A ne s'engage pas à détruire les lapins qui infestent les terres. A promet verbalement ; puis le bail est passé : il réserve le droit dechasse à A, mais il ne mentionne pas ce qui a été convenu relativement à la destruction des lapins. B peut prouver l'accord verbal relatif à ce dernier point.

Cette faculté d'appréciation si large laissée aux tribunaux ne peut manquer de susciter de nombreux procès. D'autant plus que les cours de justice ont cru devoir élargir cette dérogation à la règle prohibitive. Certaines décisions admettent la preuve par témoins d'une convention verbale intervenue postérieurement à l'écrit, pourvu que l'on ne soit pas dans l'un des cas où cet écrit est imposé par le *statute of frauds*.

On peut légitimement recourir à la preuve testimoniale pour la simple interprétation de l'écrit. Elle sera d'un grand secours pour expliquer le sens d'une expression vicieuse ou obscure, donner sa vraie portée à un terme

technique, ou même établir qu'une expression courante a été employée dans une acception particulière. Elle sera, dans ce rôle, l'utile complément de l'étude du contexte. Comme il a été dit à propos du droit français, il n'y a pas contradiction à exclure la preuve par témoins quand on veut l'opposer à l'acte, et à l'admettre, au contraire, quand il s'agit d'interpréter cet acte.

La théorie est fort simple, mais des difficultés sans nombre s'élèveront dans son application pratique. Les deux hypothéses sont si voisines qu'il y aura lieu de se demander si l'on est dans l'une ou dans l'autre.

L'interprétation de l'acte par l'étude de son texte, avec l'aide de la preuve testimoniale, est licite. Mais ce qui ne l'est pas, c'est de chercher à modifier le sens apparent de l'acte écrit par des documents ou des preuves extrinsèques; sous couleur d'interprétation, c'est une véritable modification qui serait entreprise. La question a été examinée sous ses divers aspects pratiques par la doctrine anglaise; la principale autorité sur ce point est le vice-chancelier Wigram qui a traité la question dans son ouvrage sur la *preuve extrinsèque* (1).

La preuve testimoniale n'intervient pas seulement pour l'interprétation des actes écrits. Elle joue un rôle important et quelquefois indispensable dans un ordre d'idée tout différent.

La loi anglaise, pour faciliter la solution des difficultés

(1) Ajoutons : *Philipps on Evidence*, 10e éd., 332, 424. *Taylor on Evidence*, sect. 1031-1110. *Starkie on Ev.*, 4e éd., 648-731. *Best*, 226. 229.

Diverses espèces pourront être trouvées dans le recueil de jurisprudence connu sous le nom de *Roscoe's nisi prius*, n° 17-35. etc. Enfin dans *Stephen*, loc. cit., note XXXII sur l'art. 90, p. 172.

éventuelles pouvant s'élever relativement à l'authenticité de certains actes importants, exige qu'ils soient attestés par des témoins qui signent avec les parties ; ces témoins sont les *Subscribing witnesses*. D'autre part, en dehors des cas où la formalité est légalement imposée, les contractants y recourent souvent de leur propre initiative, et dans leur intérêt particulier.

De toutes façons, quand il y a eu attestation de témoins obligatoire ou volontaire, l'acte ne peut être présenté en justice sans que l'un d'eux, au moins, ne vienne en affirmer l'authenticité.

La règle, d'origine fort ancienne, n'a fait que sanctionner une pratique courante. Les parties, après avoir rédigé l'écrit, convenaient d'y faire intervenir des témoins ; ils décidaient aussi, d'un commun accord, que l'acte ne ferait preuve, en cas de contestation, qu'avec l'affirmation de ces témoins. Par la suite, la convention de formelle devint tacite : le seul fait de la comparution des *subscribing witnesses* et de leur signature à l'acte, emporta nécessité pour eux de venir en attester la vérité quand l'acte était produit devant une cour de justice. La législation alla même plus loin et imposa la présence des témoins pour certains actes, et comme conséquence, leur comparution lors de la production de l'acte de justice.

Cette dernière exigence s'applique même lorsque le débiteur reconnaît personnellement l'authenticité de l'écrit qu'on lui oppose. Le témoin, dit-on, peut avoir des connaissances plus précises sur le sens et la portée de l'acte que le signataire lui-même.

La comparution des témoins n'est pourtant pas exigée lorsque l'acte au pied duquel ils ont mis leur signature a

plus de trente ans de date ; il est censé faire par lui-même preuve de son authenticité. La raison pratique de cette exception réside dans les difficultés presque insurmontables auxquelles on se heurterait s'il fallait rechercher les témoins qui ont signé les actes anciens. La dispense de comparution des témoins pour cause d'ancienneté de l'acte est subordonnée à une condition dont l'accomplissement est soumis à l'appréciation des juges : le document doit émaner d'une source présentant des garanties suffisantes d'authenticité ; il faut, disent les auteurs anglais, que l'acte écrit soit présenté par celui chez qui on devrait s'attendre à le trouver dans le cours ordinaire des choses (1).

La loi se relâche forcément de sa rigueur dans une autre hypothèse : quand les témoins signataires sont tous décédés ou dans l'impossibilité matérielle de se présenter. Leur attestation doit être alors suppléée : il suffira de prouver l'authenticité de la signature de ces témoins ; et cette démonstration se fera dans le plus grand nombre de cas par la preuve testimoniale.

II. — Droits Portugais et Espagnol.

Le *Code civil portugais* du 1er juillet 1867 (2) se borne à interdire la preuve testimoniale contraire à l'acte écrit.

Art. 2508 : « La preuve par témoins n'est pas admise contre et outre le contenu aux actes sous seing privé, légalisés conformément aux articles 2432 et 2433, à moins qu'ils ne soient argués de faux, d'erreur, de dol ou de violence ».

(1) Lord Coleridge l'explique en quelques mots : « Where in the ordinary course of things, such a document, if genuine, might reasonably be expected te be found ».

(2) Laneyrie et Dubois, éd. 1896.

La légalisation à laquelle il est fait allusion consiste dans la reconnaissance volontaire ou judiciaire de l'acte privé.

Suivant l'art. 1244 du *Code civil espagnol* du 24 juillet 1889, la preuve par témoins sera admissible dans tous les cas où elle n'a pas été expressément interdite. Mais elle cesse d'être recevable quand il y a soit un acte authentique, soit un acte sous seing privé légalement reconnu : « Le titre privé légalement reconnu, dit l'art. 1225, aura la même valeur que l'acte authentique entre ceux qui l'ont souscrit et leurs ayants-cause (1) ».

§ III. — *Législations admettant sans limites la preuve par témoins.*

Quelques pays d'Europe admettent d'une manière illimitée la preuve testimoniale alors même qu'un écrit a été dressé.

De ce nombre sont la Norwége, le Danemark (2), la Suède (3) et enfin l'Allemagne et l'Autriche.

I. — Allemagne.

Voici quelques notions historiques concernant l'Allemagne.

Sous le régime féodal, la preuve écrite tend à se répandre. On commence à se rendre compte des avantages qu'elle présente sur la preuve orale. Le *Miroir de Souabe* (ch. XXXVI) décide même formellement que la preuve écrite est plus forte que la preuve par témoins.

(1) V. Code civil espagnol, traduit par A. Levé, 1890.
(2) Code du Chrétien, V, l. I, chap. XIII.
(3) Code de 1737, Livre de la procédure, chap. XIV, § 3. V. Fœlix, Dr. international privé, t. I, p. 450.

Au cours de la période moderne, le droit se codifie peu à peu dans les différents états de l'Allemagne, mais l'unité est encore bien loin d'être réalisée. Au XIXe siècle, il existe une variété aussi grande dans la procédure que dans le droit civil.

Il y a bien un droit civil commun allemand et une procédure civile commune, mais l'un est aussi vague que l'autre : ils forment « un immense chaos dont on se tire comme on peut, et souvent on ne le peut pas (1) ».

Heureusement, dans certains états, le législateur était venu au secours des praticiens en codifiant le droit, et spécialement la procédure.

Dans les provinces prussiennes de la rive droite du Rhin, nous trouvons l'*Allgemeine Gerichtsordnung* de 1795, successivement modifiée en 1833, 1846, 1859 et 1867 ; en Bavière, le « Codex maximilaneus Bavaricus judiciarius » de 1753, également modifié par les lois de 1819 et 1837, remplacé en 1869 par la *Bayerische Civil prozessordnung* ; en Hanovre, la loi de procédure votée en 1850 et revisée en 1859 ; en Prusse, le code de procédure civile de 1793, etc.

Dans toutes ces codifications, la preuve testimoniale est largement admise.

Le Code Prussien de 1793 autorise l'enquête en toutes matières, sans distinction (Tit. V, § 5 ; Tit. IX, § 4 ; Tit. X, § 169). D'après les §§ 131, 394 et 395 du Tit. X, la preuve testimoniale est admissible contre et outre le contenu aux actes (2).

(1) C. proc. civ. allemand de 1877, traduit et annoté par Glasson, Lederlin et Dareste. Paris, 1887, Introd. p. XLII.

(2) Fœlix, loc. cit.. p. 450 et suivantes.

Le Code Bavarois place cette preuve au même rang que celle par titres (ch. IX, § 2) ; d'après le § 11 du ch. XI, en cas de contradiction entre les titres et les dépositions des témoins, les premiers auront la préférence, mais seulement si l'une des conditions suivantes est réalisée : 1° quand il s'agit de faits passés il y a quarante ans et plus ; 2° quand ces faits sont de nature à échapper facilement à la mémoire ; 3° si une loi ou une coutume exige la rédaction d'un écrit ; 4° lorsque la cause de l'obligation a été reconnue par un écrit émané du débiteur.

Mais l'unification du droit ne devait pas tarder à suivre l'unification territoriale.

La constitution de l'Empire du 16 avril 1871 (1) accordait à l'Empire le droit de réglementer la procédure judiciaire sur tout le territoire. En 1871 une commission fut nommée sous la présidence de M. Léonhardt, alors ministre de la justice, pour élaborer un projet de Code de procédure civile. L'œuvre de la commission fut terminée et imprimée en 1872. Soumis au Conseil fédéral, le projet fut discuté et remanié jusqu'en 1874. Il fut enfin présenté au Reichstag et voté le 16 décembre 1876, puis promulgué comme loi d'Empire le 30 janvier 1877.

D'après le nouveau code, la réglementation de la preuve testimoniale est des plus simples : c'est le régime de la liberté complète d'admission, sans autre restriction que l'appréciation arbitraire des juges. Tout d'abord, l'art. 14 de la loi de promulgation qui figure en tête du Code, a fait table rase du passé : « Cessent d'avoir leur effet..... 2° les règles qui excluent différents genres de preuve à l'égard de certains droits, ou ne les admettent que sous des restrictions. »

(1) Art. 4, § 13.

L'administration de la preuve si libéralement admise, est confiée au tribunal tout entier : très exceptionnellement, l'enquête est confiée à un juge-commissaire. Le § 340 énumère les cas où cette procédure est légalement permise : 1° lorsqu'il paraît utile, pour arriver à la découverte de la vérité, d'entendre les témoins sur les lieux ; 2° si l'enquête devant le Tribunal présente des difficultés considérables ; 3° lorsque le témoin est empêché de comparaître devant le tribunal ; 4° lorsque le témoin demeure à une grande distance du siège du tribunal.

II. — Autriche.

Le droit autrichien, en matière de preuve testimoniale, a subi, il y a cinq ans, une profonde transformation. Depuis 1812 cette matière figurait dans le Code civil ; en 1895, elle a passé au Code de procédure civile, et les règles en ont été profondément modifiées. Nous allons dire un mot de ces deux états successifs de la législation.

I. — *Le Code civil de l'Empire d'Autriche* a été promulgué par décret impérial du 1er juin 1812, « pour tous les pays formant en 1811 l'Empire d'Autriche à l'exception de la Hongrie », et par décret du 23 mars 1852, pour le Grand Duché de Cracovie (1).

Les dispositions fondamentales relatives à la preuve par témoins se rapprochent de celles du droit anglais.

Les parties peuvent toujours alléguer une convention verbale et recourir à la preuve par témoins ou par présomptions. Cela résulte du § 883 qui traite de la *forme des contrats*. En voici le texte : « Une convention peut être

(1) Voir « Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich » par le Dr. J. von Schley, 14e édit. Vienne, 1892.

passée verbalement ou par écrit ; devant la justice ou hors de sa présence ; avec ou sans l'assistance de témoins. Hors les cas spécialement désignés par la loi, l'usage de l'une ou l'autre de ces formes ne produit aucune différence en ce qui concerne l'obligation ».

Le contrat verbal produit, dit le texte, les mêmes effets que le contrat écrit : c'est donc qu'on peut en établir l'existence ; par suite, on peut recourir à la preuve par témoins ou par présomptions.

Si, d'autre part, un écrit a été dressé, le juge n'a pas à tenir compte des modifications verbales que l'une des parties prétendrait avoir été faites lors de la confection du contrat ou depuis le contrat (§ 887).

La prohibition de la preuve contraire aux actes ne s'étend pas à l'erreur et aux manœuvres frauduleuses, pas plus qu'à la simulation (1).

Ajoutons que certains contrats doivent être passés devant notaires. Cette exigence s'applique aux contrats de mariage, aux ventes, échanges, constitutions de rentes, prêts et reconnaissances de dettes passés entre époux, aux donations, à tous actes entre vifs où figure un aveugle, un sourd qui ne sait pas lire, ou un muet qui ne sait pas écrire (2).

Les contrats relatifs à la formation des sociétés en commandite par actions (Commanditgesellschaften auf Actien) et des sociétés par actions (Actiengesellschaften) doivent être reçues par acte notarié ou devant la Justice (3).

(1) Nombreuses décisions en ce sens de la Cour Suprême de justice rapportées dans le Recueil « Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des K.K. Obersten Gerichtshofes » de Glaser.

(2) Loi du 25 juillet 1871.

(3) Voir le « Handelsgezetzbuch », art. 174 et 208.

II. — Le nouveau Code de procédure civile autrichien a été mis en vigueur par la loi du 1er août 1895 sous le titre de « Loi sur la procédure judiciaire dans les affaires civiles » (1).

A l'exemple du code de procédure de l'Empire allemand, il rattache la théorie des preuves à la procédure.

Il y est traité de la preuve dans le premier chapitre de la deuxième partie intitulée « Procédure devant les tribunaux de première instance » (2).

L'article premier de la loi d'Introduction (Einführungsgesetz) déclare que « perdent leur effet toutes les dispositions relatives à des points ayant été réglés par le nouveau Code à moins d'une exception formelle ».

Il est donc fait table rase du passé. Voyons par quoi on a remplacé la législation abrogée.

Le § 272 proclame le principe de la liberté des preuves : « Le tribunal, en tant qu'il n'en est pas décidé autrement par la présente loi, aura à juger d'après sa libre conviction (3), en tenant compte soigneusement des résultats de la preuve, si une allégation de faits doit être tenue pour vraie ou non ». La preuve écrite, pas plus que la preuve orale, ne lie le juge devant qui elle a été administrée.

Le pouvoir arbitraire du tribunal se manifeste encore d'une autre façon : suivant le § 275, le juge peut rejeter la demande de preuve quand il a acquis la conviction « que ces preuves ne sont offertes que dans le but de faire traîner le procès en longueur » (4).

(1) « Gesetz 1 Aug. 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprocessordnung) ». Voir l'édition du Dr Leo Geller, Vienne, 1899.

(2) Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz.

(3) « Nach freier Ueberzeugung zu beurtheilen ».

(4) « Den Process zu verschleppen ».

Dans une disposition moins heureuse (§ 269), le Code décide que « les faits qui sont notoirement connus du tribunal n'ont pas besoin de preuve » (1).

Ainsi, sauf exception formelle, tous les moyens de preuve sont recevables.

Passons au conflit entre la preuve écrite et la preuve testimoniale.

Le § 887 du code civil interdisant la preuve par témoins des modifications verbales à l'acte écrit, n'a pas été reproduit dans le code de procédure : il est donc implicitement abrogé.

Les actes écrits ont, cependant, une certaine valeur probante : elle est déterminée par les § 292 et 294.

Les actes officiels font pleine foi « de ce qui est officiellement mentionné ou déclaré par l'autorité publique, ou attesté par ladite autorité ou par le rédacteur de l'acte » (§ 292). Le même texte ajoute *in fine :* « L'adversaire peut faire la preuve de l'inexactitude de l'événement ou du fait constaté dans l'acte ou de l'inexactitude de sa rédaction » (2).

Le § 294 est ainsi conçu : « Les écrits sous seing privé, qui sont signés des parties ou munis de leur signe légalisé en justice ou devant notaire, font pleine foi du fait que les déclarations y contenues émanent des parties contractantes. » (3).

(1) « Thatsachen welche bei dem Gerichte offenkundig sind, bedürfen keines Beweises ».

(2) « Der Beweis der Unrichtigkeit des bezeugten Vorganges oder der bezeugten Thatsache oder der unrichtigen Beurkundung, ist zulässig. »

(3) « Privaturkunden begründen.... vollen Beweis, dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern herrühren ».

§ IV. — *Législations Suisses.*

Les obligations font depuis 1881 l'objet d'un Code fédéral, mais la plus grande partie des matières juridiques demeure soumise à la législation propre des cantons. Spécialement, la question de la preuve testimoniale et de son admissibilité reste dans le domaine du droit cantonal (1).

Ce défaut d'unité dans le droit suisse n'est pas fait pour étonner si l'on songe que ce pays situé au confluent des civilisations germanique et latine a nécessairement puisé à cette double source ses lois et ses institutions. L'opposition entre l'esprit français et l'esprit allemand subsiste encore à l'heure actuelle, plus accentuée peut-être, à mesure que prennent consistance les aspirations de la Suisse à l'unité juridique.

Cantons de Suisse Romande, cantons de Suisse Allemande, telle est, on le sait, la division territoriale à laquelle correspondent les deux tendances opposées du droit suisse.

En droit suisse-allemand, le juge pourra librement (sauf dans certains cas spécialement exceptés par la loi) admettre la preuve testimoniale de tous les faits. Un contrat est un fait; il peut donc être prouvé comme les autres faits, c'est à dire par témoins, aussi bien que par écrit (2).

Au cas même où un écrit sous seing privé a été rédigé

(1) Sauf controverse, ainsi que nous verrons plus loin.

(2) Voir : Henry Raymond, Etude sur les institutions civiles de la Suisse, 1885, p. 208 et s.

par les parties, dans la majorité des cantons de Suisse allemande, cet écrit ne les lie pas ; on pourra prouver que l'acte n'était pas sérieux, qu'il était simulé, ou même qu'il a été modifié verbalement depuis sa rédaction.

C'est dans ce sens qu'a été modifié le Code de procédure Zuricois par la loi de 1867, qui a libéré de toute entrave la preuve par témoins.

Dans le canton de Berne, placé par sa situation géographique en contact avec les idées romandes et suisses-allemandes, le système de liberté complète de la preuve a subi une restriction : la preuve testimoniale est, en principe, toujours admissible, sauf dans certains cas limitativement réservés. Mais, si les parties ont rédigé un écrit, elles ne peuvent prouver par témoins l'existence de conventions verbales faites avant la rédaction de l'acte ou depuis (*Code de Berne*, art. 686, 687, 691). On peut rapprocher ces dispositions des §§ 881-887 du Code civil autrichien de 1812.

Si nous passons maintenant en revue la législation des cantons romands, nous retrouvons, plus ou moins modifié, le système du Code civil français.

La preuve testimoniale est généralement admise lorsque l'intérêt litigieux n'excède pas un certain taux. Le chiffre varie suivant les cantons.

Dans le *Jura Bernois* la preuve testimoniale est à peu près toujours admise (1). Par contre, le *Code civil Genevois* (art. 1341 modifié par la loi du 21 oct. 1874) ne l'admet

(1) Dans le Jura Bernois, la procédure est réglementée par le C. de proc. civ. Bernois du 3 juin 1883, à l'exception de certaines dispositions du C. de proc. civ. français qui sont encore en vigueur.

que jusqu'à 200 francs. Le *Code de procédure civile Fribourgeois* (art. 329 et s.) (1) pose le principe de la liberté de la preuve par témoins, lorsque la loi ne l'exclut pas formellement. Mais l'art. 2221 du *Code civil Fribourgeois* (2) écarte cette preuve quand il s'agit d'établir un prêt d'argent supérieur à 200 francs, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit.

Le taux est remarquablement plus élevé d'après le *Code civil Neufchâtelois* (art. 1093) (3), où la preuve par témoins est reçue tant que la valeur du litige n'excède pas 1000 fr. L'art. 995 du *Code civil Vaudois* (4) élève le taux de la preuve à 800 fr. ancienne valeur, soit environ 1160 fr. valeur actuelle. D'autre part, il prescrit (art. 996) la forme notariée pour tous contrats portant transfert de propriété d'immeubles ou de droits sur les immeubles. Le *Code civil Valaisan* (5) autorise la preuve par témoins d'un litige n'excédant pas en valeur 300 fr. (art. 1213).

Comme notre code civil, différents codes proscrivent la preuve par témoins contre et outre le contenu des actes, même au-dessous du chiffre légal. Nous trouvons formulée également l'interdiction de restreindre la demande primitive une fois formée (Genève art. 1343; Neufchâtel art. 1094; Vaud, art. 998; Valais, art. 1215). De même notre article 1344, qui exclue la preuve testimoniale quand la somme, bien qu'inférieure au taux légal, est le restant d'une créance plus forte, est reproduit par les art. 1344 du

(1) C. de proc. civ. de Fribourg entré en vigueur le 1er janvier 1850.
(2) C. civ. Fribourgeois promulgué par fractions du 22 mai 1834 au 5 juin 1849.
(3) Code civil Neufchâtelois de 1854-1855.
(4) Code civil Vaudois, en vigueur depuis 1821.
(5) Code civil Valaisan du 1er janvier 1855.

C. Génevois, 1095 du C. Neufchâtelois, 929 du C. Vaudois et 1216 du C. Valaisan.

Si l'on poussait plus loin l'étude des rapprochements entre les codes suisses-romands et le code civil français, on y verrait l'analogie d'autres dispositions, notamment celles relatives à l'obligation d'un seul exploit et au commencement de preuve par écrit (1).

La promulgation du Code fédéral des obligations voté le 14 juin 1881 et exécutoire à partir du 1er janvier 1883 a soulevé une controverse importante au sujet de la preuve.

La Commission consultative chargée de l'élaboration de ce code avait placé dans son projet de 1879 une disposition (art. 9, § I) ainsi conçue : « Les contrats ne sont soumis à aucune forme spéciale ni pour la validité ni pour la preuve ». C'était, ni plus ni moins, l'abrogation complète du droit cantonal relativement à la preuve. Les mots « et la preuve » furent supprimés dans la rédaction définitive. Mais, en l'état même de cette suppression, les partisans de l'idée allemande n'ont pas désarmé. Ils ont trouvé un champion distingué dans la personne de M. Charles Brocher, professeur de Droit fédéral à l'Université de Genève, dont le nom est intimément lié à cette discussion.

Voici en deux mots son argumentation :

L'art. 64 de la constitution fédérale proclame que toutes les matières concernant le droit des obligations sont du ressort de la Confédération. Or la preuve fait partie du fond du droit, du droit civil, et non de la procédure. A ce titre elle est régie par le Code fédéral des obligations. Ce

(1) Voir l'ouvrage du Dr Virgile Rossel : Manuel de droit civil de la Suisse Romande

dernier n'ayant reproduit aucune des restrictions apportées par les codes cantonaux à l'admission de la preuve testimoniale, ces restrictions disparaissent nécessairement.

M. Brocher apporte un autre argument en faveur de sa thèse : le Code fédéral a supprimé toute distinction entre le civil et le commercial : il a tout commercialisé, a-t-on dit ; or le principe du droit commercial est qu'on peut faire la preuve par tous les moyens.

Quelque spécieuse que paraisse cette argumentation, des esprits sérieux la jugent inexacte et sont d'avis que l'intention des rédacteurs du Code fédéral a été de réserver au droit cantonal toute la matière de la preuve (1).

(1) Voir V. Rossel, loc. cit., p. 340.

CONCLUSION

Il reste une dernière question à résoudre : que penser du système français concernant la preuve testimoniale ? Y a-t-il quelque modification à souhaiter dans nos articles 1341 à 1348, et dans quel sens devrait-on la diriger ?

La solution se rattache à celle d'un problème plus vaste qui embrasse la théorie générale des preuves : faut-il laisser au juge entière liberté dans le choix des moyens destinés à former sa conviction, ou tracer d'avance, entre des bornes plus ou moins étroites, la voie qu'il devra suivre ? Doit-on conserver le système des *preuves légales* qui est celui du code civil français, ou adopter le système de la *liberté des preuves* en vigueur dans les pays allemands ?

Certaines personnes réclament l'adoption du système germanique. Elles apportent à l'appui de leur proposition l'expérience faite en Allemagne. Les résultats en ont été si favorables, disent-elles, que l'Autriche n'a pas tardé à s'engager dans la même voie. Le législateur autrichien, dans le nouveau Code de procédure civile promulgué en 1895, s'est rallié à la théorie de la preuve telle que l'avait formulée le Code allemand de 1877. C'est de ce côté qu'il a vu le progrès, et non dans nos dispositions prohibitives surannées.

L'exemple de l'Autriche ne nous paraît pas aussi concluant qu'on veut bien le dire. Dans ce pays, sous

l'empire du Code civil de 1812, l'admission de la preuve par témoins était soumise à un régime mixte, à la fois plus large que le système français et plus restrictif que le système allemand. En effet, si le § 887 interdisait la preuve par témoins des modifications verbales à l'acte écrit alléguées par l'une des parties, aucune limitation n'était imposée à l'administration de cette même preuve quand il n'y avait pas d'écrit. De la liberté relative à la liberté complète, il y avait un pas facile à franchir.

Au contraire, une évolution dans le même sens comporterait, en France, une transformation beaucoup plus radicale ; avant de renoncer aux traditions passées pour se lancer dans un état de choses aussi complètement différent, il convient d'y regarder à deux fois.

Le système allemand conviendrait-il, d'ailleurs, au tempérament français ? Nous ne le croyons pas. Le propre de nos lois est d'être précises et minutieuses. On ne hait rien, en France, autant que l'arbitraire ; or, la latitude accordée au magistrat allemand y confine de très près. L'Allemand doit compter avec la conviction intime du juge qui, bien souvent, n'applique pas la loi mais la crée. Au contraire, nous voulons trouver dans la loi un refuge solide et pouvoir l'invoquer comme la protectrice suprême de notre droit.

Le système germanique produirait-il, en pratique, de meilleurs résultats que notre système actuel ? C'est fort douteux.

L'interdiction de la preuve par témoins est motivée, nous le savons, par deux considérations : diminuer le nombre des procès, et prévenir la subornation des témoins.

Le régime allemand doit être la source d'innombrables contestations. Ceux-là même qui sont totalement dépourvus de moyens de preuve auront, néanmoins, confiance en l'équité d'un juge qui n'est lié que par sa conscience. Ils se berceront de l'espoir, souvent illusoire, que la vérité éclatera au cours des débats, qu'un mot, une attitude de leur adversaire, feront naître une présomption en leur faveur. Par contre, sous l'empire de notre Code civil, la partie qui ne possède pas de preuve écrite d'une créance supérieure à 150 francs, n'entamera pas un procès qui aboutirait fatalement à un déboutement.

Quant à la corruption des témoins, le législateur français s'en est exagéré, dit-on, les dangers. Un magistrat perspicace déjouera facilement les tentatives coupables ; d'autant plus que la suppression des lois restrictives de la preuve aurait comme complément indispensable l'introduction d'un nouveau système de procédure : l'enquête devant le tribunal tout entier serait substituée à l'enquête ordinaire confiée au juge-commissaire par les articles 255 et s. du C. proc. civ.

Cette dernière modification serait assurément désirable : elle donnerait plus de sécurité à l'administration de la preuve par témoins, telle qu'elle est actuellement admise. Mais elle ne suffirait pas à contrebalancer les inconvénients d'une admission illimitée. Le faux témoignage ne serait pas, pour cela, rendu impossible : il exigerait, seulement, plus de perversion et d'audace.

Le système restrictif a donc deux avantages indiscutables. En revanche, on lui reproche d'imposer aux parties qui ne savent pas signer les frais d'un acte notarié.

L'objection pouvait avoir de la valeur il y a deux ou trois siècles, lors de la promulgation des Ordonnances. Aujourd'hui, la diffusion de l'instruction a corrigé ce qu'il pouvait y avoir d'excessif dans l'exigence de la loi, et l'on peut entrevoir le jour prochain où tous les Français seront capables d'apposer leur signature au bas d'un acte.

Enfin, on ajoute que la sévérité du Code civil aboutit parfois à de véritables injustices. Loin de paralyser la mauvaise foi, elle l'encourage au contraire : un débiteur peu scrupuleux n'hésitera pas à dénier l'existence d'une obligation dont l'adversaire ne possède pas de preuve écrite ; et ce dernier, malgré l'évidence de son droit, sera dans l'impossibilité absolue de le faire valoir en justice.

La vérité est que le législateur est placé dans l'alternative suivante : exiger la rédaction d'un écrit et exposer la partie qui ne s'est pas conformée à la loi à succomber devant la dénégation frauduleuse de son adversaire ; ou bien autoriser dans tous les cas la preuve testimoniale, et ouvrir ainsi la voie aux faux témoignages.

La fraude est possible dans une hypothèse comme dans l'autre. Mais dans le premier système, la victime a pu et dû s'en garer en passant un acte écrit. Elle subit la peine de sa négligence.

Dans le système de liberté complète, la partie lésée par de faux témoignages n'a eu aucun moyen de prévenir le dol dont elle a été victime. Alors même qu'elle aurait fait dresser un écrit, sa précaution aurait pu demeurer sans effet, puisque la preuve par témoins est admise à l'encontre des actes. Entre deux maux, il fallait choisir le moindre ; d'autant plus que ce moindre mal est encore atténué par les exceptions des articles 1347 et 1348, comme aussi par l'exception relative aux matières commerciales.

Le chiffre de 150 francs est-il bien choisi? Comme la détermination en est, de toutes façons, arbitraire, on comprendrait aussi bien que le taux légal de la preuve fût de 100, 200, 250 francs. Ce qu'il importe, c'est que le chiffre soit modique. En effet, les motifs qui ont justifié l'interdiction de la preuve par témoins existent quelle que soit la valeur du litige. S'il convient de déroger à la prohibition au dessous d'un certain taux, c'est qu'une considération pratique entre ici en conflit avec la crainte des procès et des faux témoins ; il ne faut pas imposer les frais d'un acte pour des choses de très peu d'importance. L'adoucissement à la rigueur de la loi n'a donc sa raison d'être que si la somme est minime.

Nous concluons que notre législation de la preuve par témoins est bonne et que nul besoin ne se fait sentir de la remanier.

Dans le courant de l'année 1895, une proposition modificative des articles 1341 à 1344 du C. civil a été présentée à la Chambre des Députés par M. Talou.

M. Talou réclamait une double modification : 1° élever de 150 francs à 300 francs le chiffre à partir duquel la rédaction d'un écrit est exigée pour la preuve des faits juridiques ; 2° édicter que, dans cette limite, la preuve par témoins serait recevable même contre et outre le contenu des actes. Sur ce second point, M. Talou apportait cependant un tempérament : la preuve par témoins ne serait admissible que contre les actes sous seing privé.

La proposition, renvoyée à la commission compétente, fut l'objet d'un rapport défavorable de M. Sauzet, présenté à la Chambre à la séance du 21 janvier 1896 (1).

(1) Voir J. Officiel, année 1896. Annexe de la Chambre de Députés, n° 1740, p. 11.

Le but que poursuivait M. Talou en proposant le chiffre de 300 francs comme limite d'admission de la preuve testimoniale, était de l'harmoniser avec le taux de la compétence des juges de paix qui, d'après une modification projetée, serait portée à 300 francs.

Il voulait que, dans les limites de sa compétence, le juge de paix « ait la liberté souveraine, absolue, de rechercher la vérité partout où il croirait et comme il croirait devoir la trouver. »

Nous répondrons avec M. Sauzet que rien, dans notre législation, n'indique cette intention de calquer les limites de l'admissibilité de la preuve par témoins sur celles de la compétence.

C'est donc un principe nouveau que l'on prétend introduire dans nos lois de procédure. Dans ce cas, sa place n'est pas dans les art. 1341 à 1344 du Code civil, mais bien au Code de procédure.

D'ailleurs, la disposition nouvelle, en la supposant placée dans la matière à laquelle elle se rattache, aboutirait à ce résultat illogique que l'admissibilité de la preuve par témoins, dépendrait, non de l'intérêt en litige, mais de la juridiction à laquelle on doit s'adresser.

De plus, si l'extension de la compétence des juges de paix peut présenter certains avantages au point de vue de la simplification de la procédure et de la diminution des frais de justice, nous ne voyons pas la nécessité d'accorder à ces juridictions, dans les limites de leur compétence ainsi étendue, un pouvoir plus large qu'aux autres tribunaux, en matière de preuve testimoniale.

M. Talou, pour justifier l'élévation à 300 francs du taux d'admission de la preuve testimoniale, invoque une autre

considération : la valeur de la monnaie ayant diminué depuis le commencement du siècle, 300 francs, aujourd'hui, valent à peine, et peut-être ne valent pas ce que valaient 150 francs lors de la promulgation du Code civil.

M. Sauzet répond très justement que le chiffre de 150 francs fixé par le Code de 1804 est entré dans nos mœurs et qu'il n'y aurait aucun avantage à le changer. Du reste, remarque-t-il, « c'est dans le développement de l'enseignement élémentaire qu'il faut chercher le progrès, et non dans l'extension de la preuve testimoniale. »

En ce qui concerne l'admission de la preuve contre les actes, le rapporteur déclare avec raison que rien, dans les circonstances actuelles ne saurait justifier la restauration de l'ancienne règle « témoins passent lettres » ; « cela ne se comprendrait, dit-il, que si le nombre des illettrés allait croissant ou si, par suite d'une évolution sociale dont nous cherchons vainement la trace, il y avait des motifs nouveaux, soit de croire à l'exactitude des souvenirs et à la véracité des témoins, soit de suspecter la sincérité des écrits sous signature privée... »

M. Talou cite quelques exemples, qui, selon lui, démontrent avec évidence que la loi actuelle est vicieuse dans certains cas ; ainsi on devrait admettre la preuve par témoins quand l'une des parties a usé de dol pour obtenir le consentement de l'autre partie à une convention écrite, et quand, le texte de l'acte étant ambigu, il est nécessaire de l'interpréter.

On avouera que ces exemples sont mal choisis ; car dans ces hypothèses, nous savons que la preuve par témoins est parfaitement admissible.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION HISTORIQUE

Pages

I. — Preuve testimoniale dans le droit antique et le droit romain 9

II. — Preuve testimoniale dans l'ancien droit français 21

Section première : Période antérieure aux Ordonnances 21

Section deuxième : Période des Ordonnances 31

PREMIÈRE PARTIE

Code civil.

Coup d'œil général sur la matière 37

CHAPITRE PREMIER. — Première règle prohibitive 41

Section première : Exposé de la règle 41

Section deuxième : Application de la règle aux faits juridiques 46

§ I. Mandat. 46
§ II. Dépôt volontaire. 51
§ III. Donations 53
§ IV. Paiement 54
§ V. Interruption de la prescription. 58
§ VI. Autorisation 59
§ VII. Aliments. 60
§ VIII. Droits réels 63

Pages

Section troisième : Application de la règle aux faits purs et simples 68
§ I. Évènements naturels 68
§ II. Faits purs et simples réagissant sur le consentement 69
§ III. Découverte du trésor 70
§ IV. Possession. 72

Section quatrième : Du chiffre 76
§ I. Détermination du chiffre. 76
§ II. Dispositions formulées par les articles 1345 et 1346 87
I. Historique et généralités 87
II. Examen de l'article 1345 90
III. Examen de l'article 1346 97

CHAPITRE DEUXIÈME. — Seconde règle prohibitive 104

Section première : Exposé et portée de la règle. 104
Section deuxième : Conditions d'application de la règle. 109
§ I. 109
§ II. 110
§ III. 114
§ IV. 115
Section troisième : Applications pratiques 116
§ I. Modifications à l'acte 116
§ II. Extinction des obligations 124
§ III. Date de la convention 129
§ IV. Interprétation des actes 134

CHAPITRE TROISIÈME. — Exceptions aux deux règles de l'article 1341. 145

Section première : Matières commerciales 145
Section deuxième : Commencement de preuve par écrit. 153
§ I. Historique et généralités 153
§ II. Conditions d'application de l'exception 166
Section troisième : Impossibilité de se procurer une preuve écrite. 216
§ I. Historique et portée générale de l'exception. . . 216

Pages

§ II. Applications 223

I. Quasi-contrats. 223
II. Délits et quasi-délits 228
III. Dépôts nécessaires 248
IV. Accidents imprévus 252
V. Perte du titre 253
VI. Cas non prévus par l'article 1348 260

APPENDICE. — De la preuve testimoniale en matière d'enregistrement 269

DEUXIÈME PARTIE

Droit comparé.

§ I. Législations analogues au droit français 279
§ II. Législations interdisant seulement la preuve par témoins contre le contenu des actes. 281

I. Droit anglais. 281
II. Droits portugais et espagnol 289

§ III. Législations admettant sans limites la preuve par témoins 290

I. Droit allemand. 290
II. Droit autrichien 293

§ IV. Législations suisses 297

CONCLUSION 302

Aix, le 26 mars 1901.

VU : *Le Président de la Thèse*,

P. LACOSTE.

VU : *Le Doyen*,

G. BRY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Aix, le 28 mars 1901.

Le Recteur, E. BELIN.

Marseille. — Typ. et Lith. BARLATIER, rue Venture, 19.